THÈSE DE
PARIS,
1883.
N°. 57

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU POSTLIMINIUM

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

SITUATION DES BIENS DE L'ABSENT
PENDANT LA PÉRIODE D'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
ALBERT GAUTHIER,
Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS SERA SOUTENU
Le mercredi 17 janvier 1883, à midi.

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR.

SUFFRAGANTS : MM. LABBÉ, GLASSON, MICHEL (HENRY), ESMEIN. — PROFESSEURS. AGRÉGÉS.

PARIS
LÉOPOLD CERF, IMPRIMEUR-ÉDITEUR
13, RUE DE MÉDICIS, 13
1883

THÈSE POUR LE DOCTORAT

VERSAILLES
CERF ET FILS, IMPRIMEURS
59, RUE DUPLESSIS, 59

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU POSTLIMINIUM

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

SITUATION DES BIENS DE L'ABSENT

PENDANT LA PÉRIODE D'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALBERT GAUTHIER,

Avocat à la Cour d'Appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS SERA SOUTENU

Le mercredi 17 janvier 1883, à midi.

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR.

SUFFRAGANTS :
- MM. LABBÉ, GLASSON, — PROFESSEURS.
- MICHEL (HENRY), ESMEIN, — AGRÉGÉS.

ACAD. LUGD.BAT. BIBL.

PARIS

LÉOPOLD CERF, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

13, RUE DE MÉDICIS, 13

1883

DROIT ROMAIN

DE CAPTIVIS ET POSTLIMINIO REVERSIS ET REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

(Dig., lib. XLIX, tit. 15.)

A Rome le citoyen fait prisonnier devenait esclave, et perdant la liberté il perdait en même temps ses droits de cité et de famille.

Pour tempérer ce que ce principe avait de trop rigoureux deux fictions furent introduites. Si le captif rentrait dans ses foyers, il était, en vertu du *jus postliminii*, réputé n'avoir jamais été prisonnier et recouvrait rétroactivement la jouissance de tous ses droits.

Si le captif mourait chez l'ennemi la fiction de la loi Cornelia le faisait considérer comme mort au moment même de sa captivité, c'est-à-dire dans l'intégrité de ses droits.

Mais tous les prisonniers n'encouraient pas les déchéances attachées à la captivité ; de même tous les

captifs ne pouvaient invoquer le bénéfice du *postliminium* et de la loi Cornelia.

Aussi importe-t-il de déterminer quels sont les *captifs* dans le sens légal du mot, et quelles sont les conditions nécessaires pour qu'ils puissent se prévaloir des fictions réparatrices établies en leur faveur.

SECTION 1re. — *Des captifs.*

Il faut entendre par captif le soldat romain pris les armes à la main par l'ennemi ou le citoyen qui, surpris chez un peuple étranger par une déclaration de guerre imprévue, se trouve retenu prisonnier.

Ni les voleurs, ni les pirates, ni même les partisans dans une guerre civile ne sont considérés comme ennemis (Lois 19, § 2, et 21, § 1, *de Capt.*) ; par suite leurs prisonniers ne sont point *captifs,* ils conservent tous leurs droits, ils sont considérés comme absents et traités comme tels (Loi 199, *de Verb. signif.*) : *et ideo captos et venumdatos, posteaque manumissos placuit supervacuo repetere a principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant.*

L'ennemi, *hostis*, c'est le peuple qui est en guerre avec Rome à la suite d'une déclaration solennelle (Lois 24 *de Capt.* et 118 *de Verb. signif.*). Il peut y avoir guerre, *bellum*, entre les Romains et les peuples libres et les rois (Loi 19, pr. *de Capt.*). Un peuple est libre quand il n'est soumis à la puissance d'aucun peuple, ou qu'il a fait avec un autre peuple un traité d'alliance soit sur le pied d'égalité, soit même en sti-

pulant qu'il reconnaîtrait et défendrait la majesté de l'autre peuple. Cette clause a en effet pour but non d'assujetir le peuple qui s'y soumet, mais seulement de constater la supériorité du peuple qui l'impose. Ainsi s'exprime Proculus (loi 7, *de Capt.*) et le jurisconsulte ajoute : Ne considérons-nous pas comme libres nos clients, bien que nous les surpassions en autorité, en dignité et en puissance[1]. De même nous devons considérer comme libre le peuple qui promet de défendre avec zèle notre majesté. Ainsi donc avec les peuples alliés, *fœderati*, et libres, il peut y avoir guerre ouverte, *bellum*, et les prisonniers seront considérés comme *captifs*.

Cependant cette solution était controversée. Cicéron (traité de l'*Orateur*, liv. XL) nous fait connaître les difficultés soulevées sur ce point : « Lorsque l'un des nôtres, dit-il, était par la captivité devenu esclave d'un peuple fédéré, et qu'il était rentré dans sa patrie, on se demandait autrefois s'il pouvait invoquer le *postliminium.* » Ælius Gallus (Voy. Festus, V° *postliminium*) et Paul (loi 19, pr. *de Capt.*) donnent une solution affirmative : *Postliminium est... inter nos ac liberos populos...* tandis que Proculus s'exprime ainsi : « *Non dubito quin fœderati et liberi externi sint, non inter nos atque eos postliminium esse.* » (Loi 7, *de Capt.*). Je ne doute pas que les peuples fédérés et libres ne soient à notre égard des étrangers et que cependant il n'y ait pas lieu entre eux et nous au *postliminium*. Qu'est-il besoin de ce droit, ajoute le jurisconsulte,

[1] Au lieu des mots du texte *neque viri boni præsunt* qui ne présentent aucun sens, il convient de lire comme le proposent Cujas et Pothier : *neque viribus nostris pares sunt.*

puisque chez nous ils conservent leur liberté et la propriété de leurs biens et que nous jouissons chez eux des mêmes avantages [1].

Comment devons-nous comprendre cette contradiction des textes ? Faut-il, avec Pothier, ne voir là que l'ancienne controverse signalée par Cicéron, et qui se serait ravivée à l'époque classique ? Cujas nous enseigne, au contraire, qu'il faut distinguer les divers traités unissant Rome avec les peuples étrangers, et que, suivant les cas, il y aura lieu d'appliquer tantôt la doctrine d'Ælius Gallus, tantôt celle de Proculus. Nous voyons en effet dans Tite-Live (liv. 34, 57) qu'il existe trois espèces d'alliances que peuvent contracter les rois et les peuples avec Rome, en vertu des traités. L'une a lieu quand les conditions du traité sont imposées par la force des armes au peuple vaincu. L'autre quand, à la suite d'une guerre qui se poursuit avec des chances égales, les deux peuples se sont liés par un traité sur le pied d'égalité ; la troisième enfin quand les peuples n'ayant jamais été en lutte se réunissent librement pour conclure un traité d'alliance. C'est aux deux premières espèces de traités que Proculus ferait allusion, tandis que les autres jurisconsultes auraient en vue la troisième.

Bien que les textes ne nous permettent pas de trancher la question avec certitude, l'opinion de Cujas nous semble la plus vraisemblable. En effet les peuples auxquels les Romains victorieux avaient imposé par la

[1] Quelques interprètes au lieu de *externi sint* lisent *externi non sint* (Haloander et Budœus) ; mais Cujas fait avec raison observer que chez les Romains on entendait par *externi* tous ceux qui n'avaient point été admis à jouir du droit de cité, bien qu'ils fussent *fœderati*.

force les conditions d'un traité ne pouvaient plus être considérés comme ennemis, *hostes*, leurs tentatives de résistance n'étaient plus que des révoltes et les prisonniers faits par eux ne pouvaient être considérés comme *captifs*.

Quant aux peuples qui n'ont avec les Romains aucun lien d'amitié ou d'hospitalité, il ne peut être question avec eux d'une déclaration de guerre ; cependant tout ce qui tombera en leur pouvoir deviendra leur propriété, tout citoyen romain pris par eux deviendra leur *captif*. Si l'on ne peut leur appliquer le mot sacramentel d'*ennemi* tout au moins faut-il admettre que les prisonniers faits par eux seront soumis aux mêmes règles que ceux faits par les *hostes*. *Hoc quoque igitur casu postliminium datum est*. (Loi 5, § 2, *de Capt.*)

Ainsi nous considérerons comme *captifs* et comme tels subissant les déchéances de la captivité :

Les prisonniers faits par les peuples libres, auxquels aucun traité n'a été imposé par la force des armes, soit qu'ils aient été pris les armes à la main, soit que, surpris chez ces peuples par une déclaration de guerre, ils aient été retenus en captivité ;

Enfin les prisonniers faits par les peuples barbares avec lesquels Rome se considérait comme perpétuellement sur le pied de guerre.

Nous venons de voir dans quels cas le citoyen romain peut devenir captif. Il importe d'examiner quelles conditions seront nécessaires pour qu'il puisse invoquer les fictions du *postliminium* et de la loi Cornelia.

Section 2e. — *Du postliminium.*

I. On peut définir le *postliminium* : une fiction grâce à laquelle on considère comme non avenu tout le temps de la captivité et l'on rend au captif de retour la jouissance de tous ses droits.

II. *Postliminium* vient de la combinaison des deux mots *limen* et *post*. Justinien explique ainsi cette étymologie : « De même que le seuil des maisons en forme en quelque sorte la frontière, de même les anciens ont appelé seuil la frontière de l'empire ; de là on a dit *limen* (seuil) pour dire frontière, et de là le mot *postliminium*, parce que le captif passe, pour revenir, le même seuil qu'il avait passé pour se perdre (Inst., I, tit. 12, § 5.) Selon Heinnecius, cette étymologie se rapporterait à une ancienne coutume superstitieuse, d'après laquelle le citoyen fait prisonnier et rentrant dans ses foyers ne devait pas pénétrer dans sa demeure par la porte, mais devait entrer, pour éviter tout mauvais présage, par le toit et la cour, situés sur les derrières de la maison, *per tegulas et impluvium post limen* (Pothier, tit. *de Captivis*, I). Cette discussion ne présente, au surplus, aucun intérêt pratique.

III. Le droit de postliminium était de deux sortes : l'un s'appliquant aux personnes captives, c'est le *postliminium actif ;* l'autre, s'appliquant aux choses prises par l'ennemi et rentrées en possession du peuple romain, c'est le *postliminium passif*. Tous deux

existent du reste entre les mêmes peuples et sont soumis aux mêmes conditions (Lois 14 pr. et 19 pr. *de Capt.*).

IV. Pour l'application du *postliminium* il n'y a pas à rechercher si le captif est *paterfamilias* ou *filius familias*, s'il est ingénu ou affranchi; peu importe sa condition ou son sexe : *nec enim soli postliminio recipiuntur qui pugnare possunt, sed omnes homines, quia ejus naturæ sunt ut sui esse vel consilio vel aliis modis possint* (Loi 19, § 10 *de Capt.*).

Mais certaines circonstances, qu'il importe de déterminer, peuvent empêcher l'application du *postliminium.*

1° Il fallait que le captif n'eût pas été livré à l'ennemi en vertu d'une condamnation, ou tout au moins qu'il fût en pareil cas *receptus* par le peuple romain après son retour. Telle était au moins, malgré la controverse ayant existé sur ce point entre Brutus et Scœvola, la solution qui avait prévalu : *Et consequens est ut civitatem non adipiscatur* (Loi 4, *de Capt.*). On livrait ainsi à l'ennemi le citoyen qui avait frappé un ambassadeur (Loi 17, *de Legationib.*).

2° Le captif ne pouvait invoquer le *jus postliminii* s'il s'était rendu volontairement, même n'eut-il cédé qu'à la force des armes (Lois 17, *de Capt.* et 19 code *de Postl.*). *Postliminio carent qui armis victi hostibus se dederunt.* Rome imposait à ses soldats l'obligation de vaincre ou de mourir.

3° Le *postliminium* est également refusé aux transfuges (Loi 19, § 4, *de Capt.*). L'on considère comme transfuge celui qui abandonne sa patrie pour la trahir

et même celui qui, pendant une guerre ou pendant une trêve, passe à l'ennemi ou se retire chez un peuple avec lequel Rome n'a aucune relation d'amitié (Loi 19, § 8 *de Capt.*). Le transfuge est traité comme ennemi, et s'il tombe ensuite aux mains des armées romaines, il est brûlé vif (Loi 8, § 2, *de Pœnis*). Mais ces dispositions ne s'appliquent qu'au transfuge libre : *Sed hoc in libero transfuga juris est.* Si le transfuge est un esclave, à son retour il retombe sous la puissance de son ancien maître, dont on ne veut léser en rien le droit de propriété. Logiquement, on aurait dû appliquer la même solution au fils de famille, et le faire rentrer sous la puissance du père ; mais ici l'intérêt de la discipline militaire fut plus fort que le respect dû aux droits paternels : *Filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti, neque vivo patre, quia pater sic illum amisit quemadmodum patria et quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis quam charitas liberorum* (Loi 19, § 7 *de Capt.*).

4° Seront encore exclus du droit d'invoquer le *postliminium* ceux qu'une clause expresse d'un traité abandonnerait à l'ennemi (loi 12, pr. de capt.) et ceux qui, admis par traité à rentrer dans leur patrie, auraient préféré rester chez l'ennemi; c'est en vain que plus tard ils voudraient revenir dans leurs foyers (Loi 20, pr. *de Capt.*).

5° Enfin le captif doit, pour jouir du *jus postliminii*, rentrer dans sa patrie avec l'intention de rester à Rome après son retour. Pomponius nous fournit deux exemples de l'application de ce principe. L'un au sujet d'Attilius Regulus, qui revenu chez les Romains pour traiter du rachat des prisonniers faits dans la guerre

avec Carthage, sous la promesse de revenir se constituer prisonnier s'il échouait dans ses négociations, ayant lui-même encouragé ses concitoyens à repousser les propositions de l'ennemi, fut déclaré n'avoir pas joui du *postliminium* comme n'étant pas rentré dans sa patrie avec l'intention d'y demeurer.

L'autre exemple s'applique à un interprète étranger qui, captif des Romains, avait été affranchi et admis aux droits de cité ; il fut chargé d'une mission auprès de ses anciens concitoyens, et l'on proposa de voter une loi pour déclarer qu'il ne perdrait pas sa qualité de citoyen romain. Cette loi fut reconnue inutile, attendu que, s'il avait l'intention de rester dans sa première patrie, il cessait par cela même d'être citoyen ; que s'il avait, au contraire, la volonté de revenir à Rome, il était toujours demeuré citoyen (Loi 5, § 3, *de Capt.*).

V. Le *postliminium* a lieu en temps de paix comme en temps de guerre (Loi 5, pr. *de Capt.*).

1° Le citoyen romain fait prisonnier pendant la guerre ne peut l'invoquer que pendant la durée de cette guerre : *Si eodem bello is reversus fuit.* Cependant un texte semble en permettre l'application aux captifs de retour pendant la paix, si aucun traité n'est intervenu pour le prohiber à leur égard : *De quibus nihil in pactis comprehensum fuerat* (Loi 12, pr. *de Capt.*). Mais Cujas et Pothier proposent de corriger ces mots et de lire : *De quibus id in pactis comprehensum fuerat*, c'est-à-dire que le prisonnier, revenu pendant la paix, ne pouvait invoquer le bénéfice du *postliminium* que si ce droit lui a été concédé par

une clause du traité. Servius donne pour motif de cette règle rigoureuse que les Romains ont voulu que les citoyens eussent l'espoir du retour plutôt dans la vertu militaire que dans la paix : *Quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace, Romani esse voluerunt*. Cette explication nous permet d'adopter sans hésiter la correction proposée[1]. Nous trouverions encore un argument en faveur de notre opinion dans ce fait que le *postliminium* n'a pas lieu quand le retour du captif s'effectue pendant une trêve : *Induciæ sunt cum in breve et in prœsens tempus convenit ne invicem se lacessant; quo tempore non est postliminium* (Loi 19, § 1, *de Capt.*). Or, une trêve n'est qu'une sorte de paix momentanée entre les deux armées, si, pendant sa durée, le postliminium n'a pas lieu, à plus forte raison en sera-t-il de même en temps de paix véritable.

2° Le postliminium existait même en temps de paix, quand le citoyen était captif d'un peuple avec lequel Rome n'a jamais été en rapport d'amitié ou d'alliance, avec lequel, par conséquent, il ne peut y avoir guerre déclarée *bellum*. Il en sera de même, à moins qu'une clause contraire n'ait été insérée dans le traité, pour les citoyens qu'une déclaration de guerre a surpris chez un peuple étranger, et qui sont retenus prisonniers (Loi 12, pr. *de Capt.*[2]).

[1] Bynkershœck rejette cette rectification du texte, mais il rapporte le paragraphe *quid ideo* au commencement de la loi qui porte que le *postliminium* n'a lieu qu'en temps de guerre, et le paragraphe *in pace* à la dernière proposition du texte qui vise le cas où le citoyen a été fait prisonnier par suite d'une brusque déclaration de guerre qui l'a surpris chez l'ennemi. Cette interprétation nous semble torturer le texte beaucoup plus que la correction que nous proposons.

[2] Le texte porte : *apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur*

VI. Le *postliminium* s'appliquait, quel que fût le mode grâce auquel le captif avait recouvré sa liberté, soit qu'il se fût enfui par ruse ou de force, soit qu'il eût été repris par ses concitoyens après la victoire, soit même qu'il eût été affranchi par celui qui l'avait capturé. *Nihil interest quomodo captivus reversus est* (Lois 26 et 5, § 3, *de Capt.*).

VII. Le *jus postliminii* est acquis dès que le captif est rentré sur le sol de sa patrie ou qu'il est arrivé dans une ville alliée ou chez un roi ami du peuple romain, car, dès ce moment, il est en sûreté. Si le captif recouvre tous ses droits dès qu'il a atteint le camp de ses concitoyens ou le territoire d'un allié, il reste citoyen jusqu'au moment où il est entraîné dans les retranchements ennemis. *Postliminio rediisse videtur cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur ubi fines nostros excessit. Sed etsi in civitatem sociam amicamve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio rediisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat* (Lois 19, § 3, et 5, § 1er *de Capt.*).

généralement on lit : *suo fato* et l'on traduit : que ceux-là ne sont pas prisonniers qui ont été retenus par l'ennemi par un effet de leur mauvaise destinée. Bynkershoeck conserve encore ici le texte sans correction et traduit : ne sont pas prisonniers ceux qui sont retenus par un peuple devenu ennemi de Rome non par le fait d'une déclaration de guerre, mais par son fait (*suo facto*), en capturant, au mépris du droit des gens, un citoyen romain.

Section 3e. — *Des effets de la captivité. — Des effets du retour du captif.*

Après avoir déterminé dans quels cas le citoyen romain devient captif, et quelles conditions doivent se rencontrer pour qu'il puisse invoquer le *postliminium*, nous devons examiner les effets produits par la captivité et ceux qui résulteront de son retour.

I. *Puissance paternelle.* — 1° Le captif subit une *maxima capitis deminutio*, il perd sa liberté et avec elle tous ses droits de cité et de famille. Mais grâce au *jus postliminii* s'il rentre dans sa patrie il recouvre l'intégralité de ses droits comme s'il n'avait jamais été fait prisonnier. Ainsi donc le captif peut être considéré comme esclave sous la condition résolutoire de son retour.

Quant à ceux qui étaient sous sa puissance leur état demeure également en suspens. Si le captif revient il reprend à son retour la puissance paternelle sur ses enfants. Il recouvre cette puissance non seulement sur les enfants qu'il avait avant sa captivité mais aussi sur ceux qui sont nés depuis son absence. Julien nous montre en effet un citoyen fait prisonnier, et laissant sa femme enceinte, celle-ci a mis au monde un fils qui lui-même s'est marié et a eu un fils et une fille. L'aïeul rentre dans sa patrie, et le jurisconsulte décide qu'il reprendra sur son fils et ses petits enfants le droit de puissance paternelle tout aussi bien que si son fils fût né

alors qu'il était encore libre : *Omnia jura nepotis nomine perinde capiet* (Loi 23 *de Capt.*).

2° Si le captif était fils de famille dès qu'il est rentré dans sa patrie il retombe sous la puissance de son père, et reprend sa place et ses droits dans sa famille comme s'il n'avait jamais été prisonnier. (Inst., liv. I, tit. 2, § 5). Le jurisconsulte Paul fait de ces principes une application qui pourrait paraître susceptible de controverse. Voici l'espèce : Un père de famille dont le fils est captif se donne en adrogation, puis il est émancipé, le fils revient, aussitôt il se trouve sous la puissance de l'adrogeant : *Si me tibi adrogandum dedissem, emancipato me, reversum ab hostibus filium meum, loco nepotis futurum constat* (Loi 13 *de Capt.*).

La raison de douter, c'est qu'en cette hypothèse, le fils n'a jamais été sous la puissance de l'adrogeant; mais il suffit qu'il ait dû s'y trouver s'il n'avait pas été captif.

Si le fils de famille ne retrouve pas son père quand il rentre dans sa patrie, il aura été *sui juris* du jour de la mort du père. Il recueillera sa succession comme héritier sien, la captivité en effet ne fait pas perdre définitivement les droits d'hérédité. Aussi voyons-nous les empereurs Dioclétien et Maximien, accordant par application de ces principes, à la fille captive de retour l'hérédité légitime de sa mère : *Jus postliminii (rebus humanis exempta matre dum in servitutis ipsa necessitate per captivitatis causam fuit) eventus purgato vigore, ad ejus legitimam invitat heredidatem.* (Loi 14 cod. *de Post.*)

3° Nous avons dit que l'état des enfants du captif reste en suspens; s'il revient, ses fils seront réputés

être toujours restés sous sa puissance; s'il meurt en captivité la fiction de la loi Cornelia faisant rétroagir sa mort au jour où il a été fait prisonnier, ses fils seront considérés comme étant dès ce jour devenus *sui juris* (Loi 12, § 1 *de Capt.*). *Nam defuncto patre apud hostes, ex quo captus est, patresfamiliarum computentur.*

Gaius nous présente cependant comme étant controversée, la question de savoir à quelle époque il convient de fixer le changement d'état des enfants du captif. Soit au jour de la mort réelle, soit au jour de sa mort fictive, c'est à dire de sa captivité : *Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris ; sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest.* (Comm. I, § 129).

On aperçoit sans peine l'intérêt de la question. Le fils de famille a pu acquérir des biens pendant la captivité de son père [1]. A qui devront appartenir ces acquisitions? Supposons que le père dans un testament fait avant sa captivité ait exhérédé son fils et qu'un tiers ait été institué héritier, celui-ci aura-t-il droit aux acquisitions faites par le fils pendant la captivité, ou bien au contraire le fils aura-t-il droit de les conserver? La solution dépendra de l'époque à laquelle on devra considérer le fils comme devenu *sui juris*.

Nous avons vu que Tryphoninus tranchait la question dans le sens de la rétroactivité de la fiction de mort du père (Loi 12, § 1 *de Capt.*). Julien se prononce catégo-

[1] Il ne pourrait pas acquérir par voie d'hérédité, car le fils de famille a besoin du *jussus* de son père pour faire adition. (Loi 12, § 1, *De Capt.*)

riquement dans le même sens, et ces jurisconsultes ne semblent même pas supposer qu'aucun doute puisse s'élever : *Quod filius ejus, qui in hostium potestate est, accipit, aut stipulatur; id patre priusquam postliminio rediret, mortuo, ipsi, adquisitum intelligitur; tunc paterfamilias fuisse cum pater ejus in hostium potestatem perveniret.* (Loi 22, § 2 *de Capt.*). Cette solution est enfin formellement confirmée par Justinien. (Inst., livre I, tit. 12, § 5).

Mais il semble même qu'à l'époque de Gaius, on aurait peine à comprendre qu'un doute pût s'élever sur ce point. En effet dès le jour de sa captivité, le père est devenu esclave, et par suite a perdu la puissance paternelle, sans doute son état et celui de ses enfants restent en suspens tant qu'il est captif, mais sa mort faisant défaillir la condition à laquelle était subordonné son maintien dans l'intégralité de ses droits, il ne reste plus que le fait réel de sa captivité, qui lui a fait perdre ses droits de famille dès l'instant où il s'est produit. Il n'est pas nécessaire d'invoquer ici la fiction de la loi Cornelia, pour déclarer ses fils *sui juris* du jour de la captivité.

Il faut donc admettre que Gaius a commis une erreur dans l'exposé de la controverse. La discussion ne pouvait porter sur l'époque à laquelle le fils était devenu *sui juris*, mais elle existait sur l'événement qui motivait ce changement d'état. Etait-ce la mort qui remontait au jour de la captivité par la fiction de la loi Cornelia, était-ce l'esclavage qui était confirmé par la défaillance de la condition du retour ? En d'autres termes, appliquait-on la loi Cornelia aux questions d'état ? Voici quel était l'intérêt de la controverse :

Un père institue héritier son fils impubère et en même temps lui donne un substitué ; il est fait prisonnier et meurt. Son fils décède également. Qui recueillera la succession, de l'héritier légitime ou du substitué. Si l'on décide que c'est par l'esclavage du père que le fils est devenu *sui juris*, la substitution ne sera pas valable, car au décès du père, il n'avait plus son fils sous sa puissance. Si l'on applique la fiction de la loi Cornelia, le décès du père remontant au jour de la captivité, époque à laquelle le fils était encore sous sa puissance, la substitution sera valable, et l'héritier légitime sera écarté. Tel était le véritable domaine de la controverse signalée par Gaius. Mais à l'époque classique la question n'était plus douteuse. La fiction de la loi Cornelia, qui d'abord ne s'appliquait qu'au testament du captif pour le valider, avait été étendue peu à peu à toutes les parties du droit et même aux questions d'état : *In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est.* (Loi 18 *de Capt.*). Et Papinien auquel nous avons emprunté l'espèce ci-dessus, rappelant les hésitations qui s'étaient produites sur cette question, la tranche définitivement en faveur de l'application de la loi Cornelia : *quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.* (Loi 10 pr. *de Capt.*).

Signalons pour la rejeter une explication qui a été proposée du texte de Gaius. On supposerait l'hypothèse suivante : Le fils pendant que son père est vivant chez l'ennemi, fait un acte qu'on ne peut faire qu'autant qu'on est *sui juris*, par exemple, il affranchit un

esclave qui lui a été donné ou légué. L'affranchissement est-il nul quoi qu'il arrive, à cause de l'incertitude qui dès le principe a existé sur sa validité, au contraire, le reconnaîtra-t-on valable si le père meurt en captivité? (Demangeat, t. I, p. 305). On ne peut admettre que cette hypothèse ait fait l'objet de la controverse indiquée par Gaius. Il semble en effet impossible de prétendre que l'affranchissement soit nul dans tous les cas. Dès que la capacité du *manumissor* est reconnue, l'affranchissement est valable. Or du moment où l'on admet que le fils de famille devient rétroactivement *sui juris* du jour de la captivité du père, on ne peut accepter que certains de ses actes soient nuls comme faits par un *filius familias*, tandis que les autres seront valables comme faits par un *pater familias*.

4° L'état des enfants du captif est en suspens tant que dure la captivité, cette incertitude cesse soit par le retour, soit par le décès du père. Mais l'absence du captif peut se prolonger, son décès peut rester ignoré. Cette situation provisoire ne prendra-t-elle jamais fin, et ne pourra-t-on pas finalement appliquer la fiction de la loi Cornelia, bien que le décès ne soit pas prouvé? Nous pourrions le supposer en présence des termes très généraux employés par Ulpien, au texte déjà cité de la loi 18 à notre titre. Le jurisconsulte ne dit pas seulement que la loi s'appliquera au captif *mort* chez l'ennemi, mais à celui qui *reversus non est ab hostibus*.

Pendant combien de temps l'absence devra-t-elle durer pour que ce bénéfice soit applicable? Aucun texte ne résout la question. Nous remarquerons cepen-

dant que plusieurs lois du Digeste et du Code (Lois 56, *de usuf. et quemad.*; 8, *de usu. et usuf.*; 23, Code, l. I. tit. 2), assignent à la vie humaine le terme maximum de cent ans. Peut-être doit-on croire qu'après avoir atteint la centième année de l'existence du captif, on pouvait le présumer mort et invoquer utilement la fiction de la loi Cornelia.

5° La captivité du père quoique tenant en suspens l'état des enfants, n'apportait pas cependant un perpétuel obstacle à leur mariage.

En premier lieu, si le père mourait chez l'ennemi, la validité du mariage ne pourrait être contestée, puisque les enfants du captif auraient été *sui juris* du jour de sa captivité.

On permit également aux enfants de se marier sans consentement tant que durait l'incertitude sur le retour ou le décès du père. Cette solution fut de bonne heure acceptée pour les filles, qui ne pouvaient point donner d'héritier sien au captif. Quant aux fils, la règle *nemini invito heres suus agnascitur* dut leur faire refuser plus longtemps cette faveur. Cependant l'intérêt des enfants aussi bien que l'intérêt public finirent par l'emporter sur le respect dû à la puissance paternelle : *Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest; quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset, nam utique nec dissentire : susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate, ut redierit, erit, suus que heres et quodammodo invito cum nuptiis consenserit : non mirum quia illius temporis conditio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat.* (Loi 12, § 3, *de Capt.*) De même Ulpien et Paul nous en-

seignent qu'au cas de captivité ou d'absence du père, les enfants pouvaient se marier sans son consentement, mais ils ajoutent, que l'on devait attendre un délai de trois ans écoulé depuis la captivité (Lois 9, § 1 et 10, *de Rit. nupt.*). Toutefois cette condition de délai n'était pas imposée à peine de nullité, et le mariage eût été dans tous les cas valable, si la condition de l'époux était telle qu'il fut certain que le père ne se serait point opposé à cette union : *Dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum.* (Loi, 11, *de Rit. nupt.*) On regarde généralement cette obligation d'attendre un laps de temps de trois années comme une innovation de Justinien, et les textes de Paul et d'Ulpien auraient été modifiés en ce sens par Tribonien. On fait avec raison remarquer que le législateur seul aurait eu qualité pour fixer ainsi un délai purement arbitraire. Nous remarquerons, en outre, qu'un texte de Paul (Sent., liv. II, tit. 19), qui traite la question, ne parle nullement de ce délai de trois ans, et déclare inattaquable le mariage une fois contracté.

Nous avons supposé, dans l'examen de cette hypothèse, que l'enfant qui a contracté mariage pendant la captivité du père, n'est plus sous la puissance de son grand-père. En ce cas, en effet, l'autorisation de l'aïeul serait à la fois nécessaire et suffisante, on devrait appliquer au cas de captivité du père les règles posées pour le cas où il était fou, la solution devrait être la même. (Loi 9, pr. *de Rit. nupt.*)

6° La captivité du père tenant en suspens l'état de ses enfants, le sort des acquisitions faites par le fils pendant ce temps, restera également subordonné au

retour ou à la mort du captif. De même, si le fils a emprunté, le S. C. macédonien sera provisoirement applicable.

II. *Mariage du captif.* — En présence des contradictions que présentent les textes, sur le point de savoir quel était l'effet de la captivité sur le mariage, la solution de cette question peut sembler douteuse. Nous croyons cependant possible de suivre, à travers les divergences plus apparentes que réelles des jurisconsultes, les modifications qui furent successivement apportées à la législation, pour aboutir enfin au triomphe définitif de l'indissolubilité du mariage des captifs.

Nous pensons pouvoir décider qu'à l'époque classique le mariage est dissous par la captivité de l'un ou de l'autre des époux. Plusieurs textes donnent cette solution de la façon la plus catégorique : *Dirimitur matrimonium divortio morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum* (Loi 1, *De divort. et repud.*). Malgré la volonté de l'épouse du captif, malgré son séjour dans la demeure conjugale, le mariage n'existe plus : *Sed captivi uxor tametsi maxime velit et in domo ejus sit non tamen in matrimonio est.* (Loi 12, § 4, *de Capt.*). A la différence du fils de famille que le père reprend sous sa puissance par l'effet du *postliminium*, le mari rentré dans sa patrie ne reprend pas son épouse, le mariage n'est rétabli que par un nouveau consentement : *Non ut pater filium ita uxorem maritus jure postliminii recipit, sed consensu redindegratur matrimonium.* (Loi 14, § 1, *de Capt.*) A ces témoignages si catégoriques viennent s'ajouter d'autres textes dont les solutions ne peuvent

s'expliquer qu'en admettant la dissolution du mariage par la captivité.

On sait que la dot profectice en cas de prédécès de la femme pendant le mariage faisait retour au père ou à l'aïeul paternel donateur, tandis que si le mariage était dissous du vivant de la femme par quelque cause que ce fût, la dot revenait à sa femme ou à ses héritiers. Ces principes rappelés, voici l'espèce que prévoit Pomponius ; une fille a été dotée par son père, prise par l'ennemi, elle meurt en captivité, la dot fera retour au père comme si la fille était morte pendant le mariage, *perinde omnia observanda ac si nupta decessisset* (Loi 10, *de Solut. matrim.*). C'est donc en vertu d'une fiction que le père peut réclamer la dot ; c'est en vertu de la loi Cornelia que l'on fera remonter la mort au jour de la captivité, mais si cette fiction est nécessaire pour permettre de considérer la fille comme morte pendant le mariage, c'est qu'en réalité il avait été dissous.

Paul nous présente une autre hypothèse non moins décisive : Un tiers a stipulé du mari la restitution de la dot pour le cas de dissolution du mariage. La femme est prise par les ennemis et le jurisconsulte décide que la condition de restitution est réalisée, comme si la femme eût été déportée ou fût devenue esclave. La captivité avait donc eu pour effet de dissoudre le mariage. (Loi 56, *de Solut. matrim.*)

Une exception est cependant faite pour l'affranchie dont le patron, devenu son mari, a été fait prisonnier. Ulpien, décide qu'elle ne pourra se remarier, et le motif qu'il invoque, en l'attribuant à Julien, c'est la *reverentia patroni*. Ce cas spécial, où le respect dû à

son patron par la femme affranchie met obstacle à la dissolution du mariage, confirme, ce nous semble, la règle générale que nous avons présentée. (Loi 45, § 6, *de Rit. nupt.*)

A ces nombreuses décisions des jurisconsultes les plus autorisés desquelles il résulte, soit directement, soit par voie de conséquence, que la captivité dissout le mariage, on oppose plusieurs textes qui semblent conduire à une solution différente.

Julien (loi 6, *de Divort. et repud.*) déclare que la femme du captif doit être considérée comme tenant le rang de femme mariée et qu'elle ne peut se remarier sans encourir certaines peines : *Uxores eorum qui in hostium potestate pervenerunt possunt videri nuptiarum locum retinere, eo solo, quod alii temere nubere non possunt.* On peut dire qu'en principe tant que l'existence du mari est certaine, la femme ne peut convoler en secondes noces, à moins qu'elle ne préfère invoquer quelque cause de divorce. Mais si l'existence du mari est douteuse, elle aura la faculté de se remarier après cinq ans écoulés depuis le jour de la captivité : *tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.* Alors le mariage sera réputé dissous par consentement mutuel et les droits de chacun des époux resteront entiers : *et unusquisque suum jus habeat imminutum.*

On nous oppose également un texte de Paul, aux termes duquel le mari ne peut invoquer le *postliminium* pour reprendre sa femme : *Non ut patre filius, ita uxor a marito jure postliminii recuperari potest.* Cela ne sera possible que si la femme y consent et

dans le cas où elle ne se sera pas remariée après le délai fixé, *post constitutum tempus;* mais si elle ne veut pas reprendre la vie commune avec son époux, sans alléguer de motif plausible, elle sera passible des peines du divorce (Loi 8, *de Capt.*) [1].

La solution qui résulte de ces deux textes, évidemment contraire à la doctrine que nous avons émise, s'explique facilement si l'on remarque qu'ils portent la trace d'interpolations manifestes. Les expressions *causa probabilis* et *pœnis dissidii teneri* ne sauraient être attribuées à Paul ; il faut en outre remarquer que le jurisconsulte se mettrait en contradiction avec la solution formelle qu'il donne à la loi 56, *de Solut. matrim.*, du reste la première phrase de notre loi 8, *de Capt.* semble faire présager une décision toute différente de celle donnée par la fin du texte.

De plus, ce *constitutum tempus*, ce *quinquennium*, délai de cinq ans pendant lequel la femme ne peut se remarier, semble bien n'être qu'une reproduction d'une décision de Justinien. L'empereur déclare en effet que le mariage sera maintenu tant que la vie du captif sera certaine, et que l'époux présent qui violera cette prohibition perdra la donation *propter nuptias* s'il s'agit du mari, la dot s'il s'agit de la femme. Mais qu'au cas d'incertitude sur la vie du captif, l'époux présent peut se remarier au bout de *cinq ans;* le premier mariage sera alors dissous par la captivité dont l'effet sera semblable à celui du divorce par consentement mutuel qui laisse intacts les droits de chaque époux. (Nov. 22,

[1] Le texte porte : *quod sit voluerit, nulla causa probabilis.....* nous adoptons la leçon généralement enseignée : *quod si noluerit...* dont la traduction offre un sens plus satisfaisant.

chap. 7.) Nous retrouvons là la même solution et presque les mêmes termes que dans la loi 6, *de divortiis*, attribuée à Julien.

Nous sommes donc fondés à écarter l'autorité de ces deux textes qui nous donnent l'état de la législation à l'époque de Justinien et nullement l'opinion des jurisconsultes auxquels ils sont attribués. Peut-être faut il croire que Tribonien, en présence de la décision de Julien, qui maintient le mariage de l'affranchie avec son patron captif, aura voulu la généraliser et aura mis sous le nom de cet auteur une règle édictée par Justinien.

On argumente encore d'une constitution des empereurs, Sévère et Antonin (Loi 1, Code *de Postl.*) rapportée par Marcien (loi 25, *de Capt.*) et rappelée par Ulpien (loi 9, *Eod. tit.*) Voici l'espèce : Une femme est captive avec son mari et devient mère chez l'ennemi, tous rentrent ensuite dans leur patrie, l'enfant sera réputé légitime. Si, le père étant mort en captivité, l'enfant et la mère reviennent seuls, l'enfant sera *spurius*, illégitime : *Si reversi fuerint, justos esse et parentes et liberos, et filium in potestate patris, quemadmodum jure postliminii reversus sit ; quod si cum sola matre revertatur, quasi sine marito natus, spurius habebitur*. Si la captivité avait dissous le mariage, semble-t-on fondé à dire, l'enfant ne pourrait être qualifié de *justus* et tomber *in potestate patris*.

Cette solution se justifie cependant sans porter atteinte au système que nous défendons. En effet, la captivité est une cause de dissolution du mariage, parce que le mariage exige pour sa validité que la cohabitation soit possible entre les époux, ou tout au

moins que la femme se trouve à la disposition du mari. La captivité séparant les époux, il se produit un fait ineffaçable que ne peut réparer la fiction du *postliminium*. Si au contraire les époux sont faits ensemble prisonniers, l'union physique est demeurée possible ; le *postliminium* venant effacer les effets de leur captivité, ils sont réputés n'avoir jamais perdu la qualité de citoyens et par suite leur qualité d'époux, le fait même de l'union ayant subsisté, le mariage a conservé tous les éléments nécessaires à sa validité.

On peut alors se demander quelle était l'utilité du rescrit des empereurs. Il est facile de l'apercevoir : c'est de permettre à l'enfant d'invoquer le bénéfice du *postliminium*, bien que lui-même n'ait pas été personnellement fait prisonnier.

Ainsi donc à l'époque classique, sauf l'exception signalée à l'égard du patron, la captivité dissolvait le mariage et permettait à l'époux présent de se remarier sur-le-champ. Mais la législation tendit peu à peu à proclamer l'indissolubilité du mariage des captifs. Constantin exigea que l'époux présent attendît pour se remarier un délai de quatre ans, et soumit le second mariage à certaines formalités. Ainsi la femme, dont le mari parti pour les camps n'a pas donné de nouvelles, devra donner avis de son mariage au chef de corps de son mari. (Loi 7 Code, *de Repudiis*.) Après ce délai et cette signification, la femme qui aura convolé à un second mariage ne sera passible d'aucune peine. Justinien abandonna ces dispositions, et, comme nous l'avons déjà vu, exigea que le conjoint du captif, dont la mort n'était pas connue, attendît cinq ans pour se remarier (Novelle 22, chap. 7). Plus tard, complétant la consti-

tution de Constantin, il étendit cette restriction non seulement à la femme du captif, mais aussi à la femme du soldat parti pour l'armée, et interdit un second mariage avant dix ans. Ce délai expiré, la femme devait avertir le mari, soit par lettre, soit par un intermédiaire, de son intention de se remarier. Si le mari gardait le silence ou déclarait renoncer au mariage, la femme devait adresser un libelle au chef de corps ou s'adresser directement à l'empereur. C'est seulement après l'accomplissement de toutes ces formalités qu'elle pourra se remarier, sans quoi elle encourra les peines prononcées contre ceux qui contractent sans droit un deuxième mariage (Novelle 22, chap. 14).

Enfin Justinien, poussant plus loin ses réformes, décida bientôt que la femme du soldat devrait supporter l'absence du mari, quel que soit le temps qu'il passe à l'armée, ne lui eût-il jamais écrit, n'eût-il jamais répondu à ses lettres. Au cas où elle apprend sa mort, elle devra avant de se remarier interroger ou faire interroger le chef sous lequel servait son mari pour acquérir la certitude du décès de celui-ci, et, un an après cette enquête, elle pourra se remarier librement. Si elle néglige l'accomplissement de ces formalités, elle et son nouvel époux seront passibles des peines de l'adultère. L'officier convaincu de fausse déclaration sera dégradé et paiera une amende de dix livres d'or au soldat dont il aura faussement annoncé la mort, et celui-ci sera libre de reprendre sa femme (Novelle 117, chap. 11).

Enfin, on arriva à l'indissolubilité absolue du mariage du captif par une constitution de Léon le Philosophe, qui exigea que la femme pour se remarier, apportât la

preuve du décès de son mari (Imp. Leonis const. 33.)

Ainsi, à l'époque classique, la captivité suffit à dissoudre le mariage; depuis Constantin jusqu'à Léon le philosophe, il faut que l'absence ait été régulièrement constatée; enfin, après l'empereur Léon, le décès prouvé est seul capable de le dissoudre.

III. *Tutelle.* — La tutelle est une charge publique qui ne peut être exercée que par un citoyen. Le tuteur fait prisonnier de guerre perd donc à l'instant ses droits de tutelle. On peut exiger de suite la reddition de son compte, et ceux qui ont garanti pour lui la conservation des biens du pupille peuvent être poursuivis. (Loi 7, § 1er *de Tut. et rat. distr.*). Si le captif meurt chez l'ennemi, le droit de tutelle sera définitivement perdu ; s'il revient, par l'effet du *jus postliminii*, la tutelle sera censée n'avoir jamais été interrompue. Pendant son absence, en vertu des lois Atilia et Julia Titia, on aura recours à la nomination d'un tuteur par le magistrat (Loi 1, § 2, *de Legit. tutor.*).

Si, au lieu de frapper le tuteur en exercice, la captivité atteint celui qui, en qualité de tuteur testamentaire ou d'agnat le plus proche, avait un droit éventuel à la tutelle, les droits du captif demeurant en suspens, il y aura lieu, si la tutelle s'ouvre pendant l'absence, de recourir à la nomination d'un tuteur datif.

La captivité du pupille suspendra également la tutelle, qui reprendra rétroactivement son cours, si le pupille rentre dans sa patrie, et peut invoquer le *postliminium.*

Les enfants impubères du captif n'ont pas de tuteur ; si par erreur il leur en avait été nommé un, cette no-

mination serait sans effet. Mais un curateur pourra, ainsi que nous allons le voir ci-après, être nommé pour veiller aux intérêts de l'absent, et, par voie de conséquence, à ceux de ses enfants. *Et cujus pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit an in pendenti sit datio quæri potest? et non puto dationem valere. Imo curator substantiæ dari debet ne in medio pereat* (Loi 6, § 4 *de Tutelis.*)

IV. *Administration des biens du captif.* — Les biens, dont le captif était propriétaire au jour de sa captivité, continuaient de lui appartenir.

Nous verrons même bientôt qu'il pouvait acquérir pendant son absence par l'entremise de ses esclaves et de ses enfants. A son retour, toutes ces acquisitions faites par les personnes placées sous la puissance étaient reputées avoir été faites pour lui. *Filius dum in civitate est, si stipuletur patri reverso ab hostibus videtur adquisisse.* (Loi 11, *de Verb. oblig.*)

Pendant l'absence du captif, son patrimoine était, en cas de nécessité, administré par un curateur chargé de veiller à ses intérêts. Plusieurs textes nous montrent cette protection accordée aux captifs pour l'administration de leurs biens (Lois 7, § 1er, *de Tut. et ration.*; 15 pr., et § 1er, *Ex quib. caus. maj. rest.*). Enfin une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien ordonne, sur la demande des héritiers du captif, la nomination d'un curateur chargé d'arrêter la dilapidation de son patrimoine (Loi 3, Code, *de Postl.*).

V. *Possession*; *usucapion.* — Si la captivité ne

faisait pas perdre au prisonnier ses droits de propriété, le fait de la possession était anéanti, et ne pouvait revivre par l'effet du *postliminum*. Par suite, l'usucapion commencée cesse aussitôt et demeurera toujours sans effet. *Qui in servitute est, usucapere non potest; nam cum possideatur possidere non videtur* (Loi 118, *de regul. jur.*). Une fiction ne peut, en effet, faire considérer comme accompli un fait qui ne l'est pas : *facti autem causa infacta nulla constitutione fieri potest* (Loi 12, § 2, *de Capt.*). Ainsi le citoyen fait captif alors qu'il possédait et usucapait un bien acquis de bonne foi *a non domino*, ne pourra, lors de son retour, invoquer le *postliminium* pour prétendre que l'usucapion s'est accomplie à son profit. En effet, quand même il eût conservé l'*animus possidendi*, le deuxième élément constitutif de la possession, le *corpus*, le fait d'avoir la chose à sa disposition lui a fait défaut. Le *postliminium* efface bien son incapacité, mais ne peut effacer le fait matériel de la détention perdue.

Le captif n'est pas réputé avoir possédé pendant son absence les biens dont ses fils ou ses esclaves ont acquis la possession depuis le jour de sa captlvité (Loi 44, § 7, *de Usurp. et usucap.*). En effet, le *postliminium* ne peut faire que dans la réalité il ait eu la disposition physique de ces biens. Mais il aura conservé la possession des objets que ses fils ou ses esclaves possédaient pour lui au jour où il a été fait prisonnier. Tel était, du mois, l'avis de Julien, contraire à celui de Marcellus, et nous voyons dans Tryphoninus que la première solution avait triomphé : *Sed Juliani sententia sequenda est* (Loi 12, § 2, *de Capt.*). *Eorum*

vero quœ per subjectas personas possidebat usuque capiebat, Julianus scribit, credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus iisdem personis in possessionem.

Quant aux biens dont les personnes sous la puissance du captif ont acquis la possession depuis la captivité, à titre de pécule, *peculiari nomine*, l'usucapion peut s'accomplir à son profit, *quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus* (Loi 29, *de Capt.*). Cependant le captif n'avait pu avoir pendant son absence l'*animus possidendi ;* mais il faut admettre que la constitution du pécule entraînait de la part du *paterfamilias* volonté d'acquérir tout ce qui proviendrait de la gestion de l'esclave ou du fils *quia nostra voluntate intelliguntur possidere qui eis peculium habere permiserimus* (Loi 1, § 5, *de Adquir vel amitt. poss.*). La même controverse que sur la question précédente, s'était élevée entre Julien et Marcellus, et l'avis de Julien avait ici encore triomphé.

Si le captif meurt *apud hostes* la possession de l'esclave sur les biens du pécule profite en vertu de la loi Cornelia à l'héritier (Loi 22, § 3, *de Capt.*).

Dans la même hypothèse de mort du captif, ses héritiers pourraient se prévaloir de l'usucapion commencée par lui avant sa captivité. Sans doute la possession a été interrompue, et si lui-même était de retour, il ne pourrait prétendre avoir usucapé, mais étant réputé mort au jour de sa captivité, son hérédité, ouverte dès cet instant, a pu comme une véritable personne morale, continuer la possession et usucaper, les héritiers pourront donc s'en prévaloir (Loi 15, pr. *de Usurp.*

et usucap.)[1]. On voit ainsi que la fiction de la loi Cornelia avait plus d'étendue que le *postliminium*, puisque grâce à elle une usucapion se trouvait accomplie au profit d'un héritier, tandis que son auteur ne pouvait s'en prévaloir en invoquant le *postliminium*.

Ainsi les biens que le fils ou l'esclave a commencé à posséder depuis la captivité du père, en dehors de la gestion du pécule, ne peuvent être usucapés au profit du captif de retour. S'il meurt *apud hostes* le fils aura possédé pour lui-même, l'esclave pour l'hérédité que grâce à la fiction de la loi Cornelia il aura eue pour maître depuis la captivité. Quant aux biens possédés *ex peculiari causa* même ceux dont la possession n'a commencé qu'après la captivité le *paterfamilias* de retour peut profiter de l'usucapion.

L'esclave du captif peut donc accomplir une usucapion que celui-ci pourra invoquer lors de son retour. Ce résultat, étant données les formes de la procédure romaine, pouvait être souverainement inique. En effet, le prêteur pouvait bien en général, au moyen de la *missio in possessionem* qu'il prononçait au profit du demandeur, contraindre indirectement le défendeur à se présenter ; mais il est évident que ce moyen ne pouvait être employé contre celui dont l'absence avait une cause légitime, comme, par exemple, sa captivité. Aussi le citoyen présent *in civitate* assistait impuissant à l'usucapion de sa chose au profit de l'absent qu'il ne pouvait poursuivre. On trouva le moyen de sauvegarder ses droits au moyen

[1] Le texte porte : *ideoque in successoribus locum non habere usucapionem.* Cujas et Pothier suppriment avec raison la négative qui, du reste, n'existe pas dans quelques éditions.

de l'*in integrum restitutio ;* quand une usucapion avait été accomplie au profit d'un captif, on accordait au propriétaire une action réelle en revendication en considérant comme non avenue en rescindant l'usucapion accomplie : *Permittitur domino intra annum rescissâ usucapione rem petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id rem suam esse* (Just. Liv. 4, tit. 6, § 5. [1]). Justinien donna, du reste, en ce cas un moyen facile d'interrompre l'usucapion, courant au profit de l'absent à l'aide d'une protestation faite soit par comparution, soit par libelle (Loi 2, Code VII, 40).

Le captif pouvait, au contraire, avoir été victime d'une usucapion accomplie à son préjudice. En ce cas encore le préteur considérera l'usucapion comme n'ayant pas eu lieu et accordera la *restitutio in integrum* pour la faire rescinder. Cette *restitutio* devra également être demandée dans l'année du retour de l'absent. Le captif pourra donc intenter une action *in rem, utilis,* pour reprendre le bien usucapé. Cette action n'est autre que l'action publicienne, et la *restitutio* accordée au captif empêchera que le défendeur ne puisse invoquer avec succès l'*exceptio justi dominii : Intra annum utilem experienti actione rescissoria restituuntur.* (Loi 18, Code *de Postl.*) [2].

[1] Les institutes semblent exiger que l'absence ait, en ce cas, une cause légitime : *Cum reipublicæ causa abesset, vel hostium in potestate esset,* mais l'édit du prêteur nous montre que Justinien commet une erreur sur ce point. En effet, si l'absence justifiée ne peut être invoquée par l'absent qui a usucapé, à plus forte raison doit-il en être de même au cas d'une absence volontaire.

[2] Ce second cas de *restitutio* au profit de l'absent est le seul qui, sous Justinien, ait conservé une application ; mais, par une erreur inexplicable, c'est le seul que les Institutes ne mentionnent pas.

La *restitutio* n'avait lieu dans ce cas que si l'absence était légi-

Section 4e. — *Mort du captif chez l'ennemi. — Fiction de la loi Cornelia.*

I. Nous avons étudié les effets de la captivité et parcouru les principales hypothèses que pouvait soulever le retour du captif dans sa patrie, il nous reste à examiner le cas où il viendrait à mourir chez l'ennemi.

A l'origine, le captif mort chez l'ennemi était considéré comme ayant été esclave du jour de sa captivité, et la condition de son retour venant à défaillir, le *postliminium* ne pouvait lui être appliqué.

En l'an 673 de Rome, un plébiscite, qui porte le nom de loi *Cornelia de falsis* ou *testamentaria*, vint apporter, par une nouvelle fiction, un tempérament à cette rigueur du droit. Cette loi édictait des peines contre les divers crimes de faux et principalement contre le faux en matière de testament. Si la loi s'en fût tenue aux principes jusqu'alors en vigueur à l'égard du citoyen mort captif chez l'ennemi, elle n'aurait pas considéré comme punissable l'acte de faux commis contre le testament du captif, puisque légalement ce testament était nul. Mais une disposition spéciale de la loi appliquait à ce testament les mêmes pénalités ; comme si le testateur n'était jamais tombé au pouvoir de l'ennemi et qu'il fût mort citoyen, par suite, toutes les dispositions contenues dans ce testament se trouvaient validées. Le principe contenu dans cette loi fut

time, et cette appréciation était laissée à la sagesse du prêteur : *Si qua alia mihi causa justa esse videbitur in integrum restituam.*

successivement généralisé, on l'appliqua, par voie de conséquence, aux tutelles, aux hérédités legitimes, enfin à toutes les parties du droit, même aux questions d'état : *In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur cum captus est.* Telle est la fiction de la loi Cornelia.

II. *Questions d'état.* — Le captif est réputé mort du jour de sa captivité. Dès ce jour ses enfants sont devenus *sui juris ;* ses enfants nés depuis sa captivité seront réputés posthumes et nés *sui juris.*

Quant à l'enfant né de deux captifs qui rentre avec sa mère dans sa patrie, alors que son père est mort chez l'ennemi, il verra retourner contre lui la fiction de la loi Cornelia, il sera traité comme *spurius*, né de père inconnu. Par suite, il ne pourra rien prétendre sur la succession de son père. Léon le Philosophe corrigea l'injustice de cette solution et permit à cet enfant d'hériter de son père mort en captivité (*Leonis Const.*, 36).

Si le captif est fils de famille et meurt chez l'ennemi, peu importe qu'en fait il soit décédé avant ou après son père resté libre, il sera réputé mort fils de famille et ses biens retourneront, par droit de puissance paternelle, soit à son père, soit à l'héritier légitime ou testamentaire de celui-ci.

III. *Hérédité testamentaire et ab intestat.* — 1° La *factio testamenti* active n'était accordée qu'aux pères de famille. Ce droit fut reconnu aux fils de famille sur leur pécule *castrens* et *quasi-castrens.* Pour tester valablement, il fallait que le testateur réunît l'exercice

et la jouissance du droit, tandis qu'à sa mort il suffisait qu'il eût encore la jouissance. A l'origine, on exigeait que ce droit n'eût jamais cessé d'exister un seul instant ; si depuis la confection du testament il avait été perdu, quoique rétabli au moment de la mort, le testament était nul, *irritum*. Plus tard, l'héritier institué put obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas*, pourvu qu'au moment de la mort le testateur fût *civis romanus* et *suæ potestatis*. Toutefois, il n'en était ainsi qu'autant que l'incapacité intermédiaire du testateur résultait d'une *minima capitis deminutio* : *nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere* (Gaius, II, § 147). Si le testateur avait perdu la *factio testamenti* par la perte du droit de cité ou de la liberté, il fallait, pour faire revivre son testament, devenu *irritum*, que l'empereur accordât la *restitutio per omnia*.

Ces principes posés, on comprend quel était le sort du testament fait *in civitate* par le captif et le résultat quant à sa validité des fictions du *postliminium* et de la loi Cornelia.

2° Si le testament a été fait *apud hostes* il est nul, malgré le retour du captif : *Ejus qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit* (Loi 8, pr. *de Eis qui test. fac. pos.*). En effet, le *postliminium* est sans force pour tout ce qui consiste en un fait ou dans l'exercice d'un droit. L'empereur Léon, le Philosophe, accorda la *factio testamenti* au captif, en imposant certaines formalités spéciales à la confection de son testament (*Leonis Const.*, 40).

3° Quant aux codicilles faits *apud hostes*, comme il

faut également la *factio testamenti*, ils seront nuls : *Si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit et in captivitate codicillos scribat non valent* (Loi 7, pr. *de Jure codicil.*). Cependant, nous voyons Tryphoninus se faire le défenseur de l'opinion contraire. Un codicille fait pendant la captivité et confirmé par un testament antérieur ne peut en droit strict être valable, dit-il, car celui qui l'a fait n'avait plus la *factio testamenti*, cependant, comme le véritable fondement du codicille est tiré de sa confirmation dans le testament qui lui a été fait alors que le captif était encore citoyen, et que, grâce à la fiction du *postliminium*, le captif est réintégré dans tous ses droits, la raison et l'équité veulent que l'on admette la validité du codicille (Loi 12, § 5, *de Capt.*). Le jurisconsulte applique ici le principe que les codicilles confirmés sont réputés écrits dans le testament lui-même.

S'il était nécessaire d'expliquer la divergence de solution donnée par ces deux textes, peut-être pourrait-on dire que dans le premier le jurisconsulte prévoit l'hypothèse où le captif est mort chez l'ennemi, tandis que Tryphoninus envisage celle où il est rentré dans sa patrie.

4° Si le testament a été fait *in civitate*, son sort restait primitivement en suspens. Si le captif revient, son testament n'aura jamais cessé d'être valable grâce à la fiction du *postliminium* (Loi 6, § 12, *de Inj. rup. test.*). S'il meurt chez l'ennemi, selon la rigueur des principes, ayant perdu tous ses droits du jour de sa captivité, il meurt privé de la *factio testamenti*. Mais grâce à la fiction de la loi Cornelia, il sera réputé mort du jour de sa captivité et par conséquent

dans l'intégralité de ses droits, son testament ne sera donc pas *irritum* (Inst., liv. II, tit. 12, § 5).

Mais la fiction de la loi Cornelia doit être restreinte dans certaines limites. Si par exemple le captif a fait son testament sans instituer ou exhéréder ses posthumes siens, et què pendant sa captivité sa femme mette au monde un fils, son testament sera sans effet, *ruptum : Si quis cum prægnantem uxorem haberet, in hostium potestate pervenerit, nato deinde filio et mortuo, ibi decesserit : ejus testamentum nullum est quia et eorum qui in civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur* (Loi 22, § 4, *de Capt.*) et il en serait ainsi même si le fils venait à décéder avant son père. En effet, par la fiction de la loi Cornelia, le testateur sera toujours réputé mort avant son fils (Loi 15, *de inj. rup. test.*).

5° Si le testament est celui d'un fils de famille fait captif et mort chez l'ennemi, la loi Cornelia lui rendra également sa validité. L'hypothèse suivante, que le jurisconsulte Paul a résolue par application de ce principe, mérite d'être signalée : un fils de famille laisse un fils qu'il omet dans son testament, il est fait prisonnier, son père ayant également omis dans son testament son petit-fils, meurt pendant la captivité de son fils, et celui-ci meurt ensuite chez l'ennemi. Le testament du père sera rompu par la présence de son petit-fils qui est son héritier sien, tandis que le fils réputé mort au jour de sa captivité, c'est-à-dire à une époque où il n'avait pas d'héritier sien comme étant encore *filius familias*, verra son testament maintenu (Loi 39, *de Test. milit.*).

6° La loi Cornelia confirme aussi bien l'hérédité *ab*

intestat que l'hérédité testamentaire : *Bona eorum qui in hostium potestatem pervenerint, atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint, sive non habuerint ad eos pertinent si in potestatem hostium non pervenissent.* (Loi 22, pr. *de Capt.*). L'hérédité sera dévolue à ceux qui auraient été déclarés héritiers dès le principe, si le captif était mort au jour de sa captivité. Mais il faut remarquer qu'à Rome l'héritier n'est saisi de la succession et ne peut la transmettre à ses propres héritiers que du jour de l'adition ; or l'adition n'est possible qu'au moment où il est devenu certain que le captif ne reviendra plus. Nous trouvons la conséquence de ce principe dans un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, qui déclare que l'adition prématurée de la succession de la mère captive, faite par le fils décédé avant elle, est nulle et sans effet, et par suite les fils d'une sœur de la mère viennent comme cognats plus proches après la mort de leur tante maternelle, primer les héritiers du fils (Loi 4, Code, *de Postl.*)

7° L'incertitude sur la mort du captif pouvait se prolonger, personne ne pouvait donc lui succéder et le fisc allait pouvoir s'emparer des biens comme vacants. On corrigea le danger de cette situation, en accordant à l'héritier présomptif du captif une *bonorum possessio decretalis* qui lui permettait de jouir provisoirement de la succession de son auteur jusqu'au jour où, le décès venant à être prouvé, il pouvait faire adition (Loi 12, pr. *de Bon. pos.*).

8° Si le père et le fils ont été faits prisonniers ensemble, le père étant décédé *apud hostes*, le fils rentré dans sa patrie, avant ou après la mort du père, peu im-

porte, sera réputé, par l'effet du *postliminium*, n'avoir jamais été captif, et la fiction de la loi Cornelia faisant remonter le décès de son père au jour de la captivité, il sera son héritier sien et comme tel mis en possession de la succession (Loi 9, Code, *de Postl.*)[1].

IV. *Tutelle testamentaire* ; *tutelle légitime.* — De même que l'hérédité testamentaire et légitime, la loi Cornelia confirme la tutelle testamentaire. Paul va plus loin et enseigne qu'elle confirme également la tutelle légitime : *Qua lege etiam legitimæ tutelæ hereditatesque confirmantur* (Sent. liv. III, tit. 4, A *de testam.*, § 8). Il est difficile de comprendre l'influence de la loi sur les tutelles légitimes. En effet si le *paterfamilias* décède chez l'ennemi ses fils impubères sont devenus *sui juris* dès ce jour et rétroactivement ils auront eu pour tuteur leur plus proche agnat ; mais la fiction de la loi Cornelia est inutile pour conduire à ce résultat, le père est en effet esclave depuis qu'il est prisonnier puisque son décès fait défaillir l'espoir d'invoquer le *postliminium* qui tenait sa condition en suspens.

Il est cependant une hypothèse que l'on pourrait prévoir où la loi Cornelia confirmerait indirectement une tutelle légitime. On supposera qu'un patron a par testament assigné un affranchi à l'un de ses enfants, puis qu'il est mort captif. La loi Cornelia confirmant son testament, confirme de même cette tutelle légitime, ce qui permettra à l'enfant du patron de gérer seul

[1] Le texte ne prévoit pas la captivité du père en même temps que celle du fils ; pour que la loi Cornelia soit applicable comme le veut le rescrit, il faut suppléer à cette omission.

celle tutelle qu'à défaut de testament il aurait dû partager avec ses frères.

On a proposé une autre explication de ce texte : La dévolution est de règle en matière de tutelle légitime, au cas où le premier agnat vient à mourir ou est *capite minutus* ; mais s'il est fait captif, l'agnat le plus proche ne sera pas appelé à le remplacer à cause de la *spes postliminii*, on aura recours à un tuteur nommé par le magistrat (Loi 1, § 2, *de Legit. tutor.*) ; si l'on suppose que par erreur l'agnat du degré subséquent s'est emparé de la tutelle après la captivité du premier tuteur, celui-ci venant à mourir et la loi Cornelia s'appliquant, la tutelle indûment prise se trouvera confirmée.

S'il est vrai que la tutelle du second agnat puisse se trouver confirmée par un évènement ultérieur, ce qui n'est nullement établi, au moins faut-il reconnaître qu'elle ne l'a pas été par la fiction de la loi Cornelia. Le décès du premier agnat confirme sa *capitis deminutio*, et la rétroactivité de la condition suffirait pour confirmer la tutelle de l'agnat subséquent, si toutefois elle peut l'être.

Il nous semble que le texte de Paul n'est susceptible d'aucune explication satisfaisante.

V. *Substitution pupillaire.* — 1° La substitution pupillaire était le droit accordé au père de famille de faire une institution d'héritier pour son fils impubère, en prévision du cas où celui-ci lui ayan survécu viendrait à décéder avant d'avoir atteint l'âge de puberté, par conséquent avant d'avoir pu valablement tester.

Pour que cette substitution fût valable, il fallait que le père fît pour lui-même un testament dans lequel son fils ne fût pas omis; qu'à l'époque du testament et à celle de la mort du testateur, le fils fût sous sa puissance immédiate; enfin que le fils mourût impubère, *sui juris* après le testateur.

2° La loi Cornelia confirmant le testament du père dans toutes ses dispositions, si le fils impubère meurt après son père décédé en captivité, la substitution produira son effet. Cependant quelques jurisconsultes considérant le fils comme devenu *sui juris* du vivant de son père par son esclavage et n'étant plus sous sa puissance à sa mort, écartaient l'héritier institué pour appeler l'héritier légitime. Mais Papinien, qui nous rapporte la controverse, applique ici la fiction de la loi Cornelia et défère la succession à l'héritier institué : *Quoniam si pater qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet* (Loi 10 pr., *de Capt.*) Tel était aussi sur ce point l'avis de Julien (Loi 28, *de Pupil. subst.*).

3° Peu importe d'ailleurs que le père captif meure avant ou après le fils, car la loi faisant rétroagir son décès au jour de la captivité, la condition du prédécès nécessaire à la validité de la substitution sera toujours réputée accomplie. Jusqu'à la mort du père, le sort de la substitution reste en suspens, si le père revient, elle sera nulle, parce que le père aura survécu à son fils; s'il meurt *apud hostes*, elle sera valable, car il sera considéré comme mort avant lui (Loi 11 pr., *de Capt.*).

4° Nous devons maintenant supposer le cas où le fils est fait prisonnier.

S'il tombe en captivité du vivant de son père et meurt *apud hostes*, la substitution pupillaire restera certainement sans effet, car la fiction de la loi Cornelia le fera supposer mort avant son père (Loi 28, *de Vulg. et pupil, subst.*)[1]. C'est donc en vertu de la loi des XII Tables que se fera la dévolution de son hérédité au plus proche agnat du père.

Mais le fils peut avoir été pris après la mort du père. On pouvait dans cette hypothèse soutenir que la loi Cornelia n'était pas applicable, et, par suite, la substitution non valable, parce que la loi a été introduite pour valider le testament de ceux qui peuvent en avoir un et ne s'étend pas par conséquent à l'impubère qui n'a pas la *factio testamenti*. L'opinion contraire avait triomphé, mais toutefois avec difficulté, *non commode dicitur ex eâ lege hereditatem ejus ad substitutum pervenire* (Loi 28, *Eod loc*). Papinien confirme cette solution et justifie ainsi sa doctrine. La loi Cornelia confirme l'hérédité légitime de l'impubère mort en captivité, quoiqu'il n'ait pas la *factio testamenti*, pourquoi ne confirmerait-elle pas également la substitution pupillaire? Aussi le prêteur ne doit pas moins suivre la volonté du père que le vœu de la loi et doit accorder au substitué des actions utiles pour obtenir l'hérédité : *Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri; quoniam verum est ne impuberem factionem testamenti habuisse; et ideo non esse alienum, prætorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem et utiles actiones in hereditatem instituto dare* (Loi 10, § 1er,

[1] Cujas nous enseigne qu'il faut dans cette loi *in fine* substituer le mot *impubes* au mot *pubes* que porte le texte.

de capt.)[1]. Le substitué n'aura pas d'action directe, car il n'est pas admis en vertu des termes mêmes de la loi.

5° Si le père et le fils sont faits prisonniers en même temps ou si le père est devenu captif après le fils, la substitution pupillaire sera sans effet, puisque le fils n'ayant pas recueilli l'hérédité paternelle n'en a aucune à transmettre. Il en serait toutefois autrement si le fils rentrait dans sa patrie (Loi 11, § 1er, *de Capt.*).

6° Dans le cas où le fils est fait captif après le père, l'application de la loi Cornelia présentait quelques difficultés. Scœvola, dans cette hypothèse, repousse la fiction de la loi, à moins que le fils, de retour dans la cité, n'y décède impubère; mais, s'il meurt captif, la substitution sera nulle (Loi 29, *de Vulg. et pupil. subst.*). Papinien nous enseigne au contraire que la loi Cornelia fera admettre le substitué (Loi 11, § 1er, *de Capt.*). En effet, si le fils est fait captif le dernier et si nous appliquons la loi Cornelia, nous voyons le fils impubère vivant après le jour où son père est réputé mort, et, par suite, devenu *sui juris* par ce décès, il recueille l'hérédité paternelle, puis ce fils fait captif est réputé mort impubère et laissant une hérédité, la substitution faite par son père sera donc valable. La controverse entre les deux jurisconsultes s'explique si l'on remarque que Scœvola, contemporain de Gaius, écrivait à une époque où, comme nous l'avons vu, on discutait si la loi Cornelia s'appliquait aux questions d'état et si c'était par la fiction de mort du père ou par son esclavage que le fils de-

[1] Selon Pothier, il faut lire au texte *quanquam*, au lieu de *quoniam*.

venait *sui juris*, tandis qu'à l'époque de Papinien la loi Cornelia était appliquée sans difficulté, *in omnibus partibus juris*.

Section 5e. — *Augmentations survenues au patrimoine du captif. — Droits de ses héritiers.*

1° Nous venons d'examiner comment et à qui est déférée l'hérédité du captif ; il importe de déterminer ce que comprendra cette hérédité. Tout ce que le captif aurait repris en vertu du *postliminium*, s'il était rentré dans sa patrie, appartiendra, en vertu de la loi Cornelia, à son héritier. En première ligne, les biens qui appartenaient au captif au jour de sa disparition, puis tous les objets acquis par son esclave (Lois 1 et 22, § 1er, *de Capt.*). Remarquons cependant que si l'esclave avait stipulé *nominatim* pour le maître captif cette stipulation serait nulle, car le maître étant réputé mort avant la stipulation de l'esclave, il n'a pu être stipulé en son nom. L'héritier ne profitera donc que des stipulations faites par l'esclave *simpliciter* ou pour l'hérédité (Loi 18, § 2, *de Stip. serv.*).

2° Au point de vue des droits de l'héritier du captif, il convient de distinguer les acquisitions faites par le fils, de celles faites par l'esclave. Si la stipulation a été faite *simpliciter* par l'esclave elle profite à l'héritier, celle du fils ne profite qu'à lui-même, car réputé *sui juris* depuis la captivité du père il n'a pu valablement stipuler que pour lui-même : *Quod si filius ejus qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur; id, patre*

priusquam postliminio rediret, mortuo, ipsi adquisitum intelligitur. (Loi 22, § 2 *de Capt.*) Et dans le cas où il mourrait avant son père décédé lui-même en captivité le profit de la stipulation appartiendra non à l'héritier du père, mais à l'héritier du fils; *nec si vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit.* (*eod. loc.*[1]). Enfin la stipulation faite *nominatim* pour le captif sera nulle qu'elle soit faite par le fils ou par l'esclave, car on ne stipule que pour soi ou pour celui sous la puissance duquel on se trouve.

Ainsi l'héritier du captif ne profitera jamais des stipulations faites par le fils, ni des acquisitions faites par lui. Il ne profitera pas davantage des biens légués au captif pendant la captivité, ou des biens légués conditionnellement si la condition ne s'accomplit qu'après la capture; la fiction de rétroactivité de la mort rendrait ces legs caducs.

3° Comme ceux du père de famille sur son patrimoine, les droits du fils de famille sur son pécule *castrens* étaient tenus en suspens pendant la captivité. La loi Cornelia s'appliquait à ce pécule qui était déféré à l'héritier testamentaire du fils ou à défaut à son père, qui le recueillait *jure peculii.* Quel était alors le sort de la stipulation faite par un esclave de ce pécule?

Nous supposons d'abord que la stipulation de l'esclave a été faite avant que l'héritier institué n'ait fait adition, et qu'ensuite cet héritier renonce. La stipulation est nulle.

En effet tant que l'héritier n'a pas accepté, le fils n'a pas d'hérédité proprement dite; les constitutions impé-

[1] Dans cette loi 22, Cujas remplace avec raison le mot *et* par la conjonction négative *nec.*

riales ont bien accordé au fils le droit de disposer par testament de son pécule *castrens* et d'avoir ainsi une hérédité, mais jusqu'à l'adition qui vient confirmer le testament il n'y a pas d'hérédité, il n'y a qu'un pécule. Dès lors la stipulation est accomplie par un esclave qui n'était pas encore esclave héréditaire, elle ne peut valoir.

Par application de ce principe, si l'esclave qui a stipulé avait deux maîtres, le fils testateur et un tiers, la stipulation étant nulle à l'égard du pécule *castrens* profitera pour le tout au tiers : *Si servus communis Mœvii et castrensis peculii, defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem stipuletur; socio qui solus interim invenitur, tota stipulatio quœretur, quoniam non partem facit here ditas ejus quœ nondum est.* (Loi 18 pr. *de Stip. serv.*)

Si l'héritier institué par le fils accepte la succession, la stipulation de l'esclave lui profitera puisqu'elle aura été faite par un *servus hereditarius.*

D'après Papinien les acquisitions faites par l'esclave par stipulation ou tradition pendant que les héritiers institués délibéraient seront, au cas ou ils refusent la succession, nulles même à l'égard du père qui la recueillerait *jure peculii,* parce que à l'époque où a été faite la stipulation l'esclave n'appartenait pas au père. En ce qui regarde les héritiers la stipulation sera en suspens, et son sort dépendra de leur refus ou de leur acceptation. *Proxima species videtur ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet si forte peculium apudeum resederit, nullius momenti videatur cum in*

illo tempore non fuerit servus patris. (Loi 14, § 1er *de Castr. pecul.*) Mais aussitôt le jurisconsulte se contredit et ajoute qu'à cause des égards dus à la personne du père, celui-ci profitera en cette hypothèse des acquisitions faites par l'esclave qui sera censé lui avoir toujours appartenu : *sed paterna verecundia nos movet...* (*eod. loc.*)

Faut-il voir dans la fin de ce texte une rétractation de Papinien, abandonnant lui-même les principes qu'il vient de poser? Nous ne le pensons pas et nous verrons là, soit comme l'enseigne Cujas, une addition faite au texte par Ulpien, soit peut-être une interpolation de Tribonien.

Ulpien en effet ne partageait pas l'opinion de Papinien, et il déclarait que les acquisitions faites par l'esclave du pécule appartiendraient à l'héritier institué s'il accepte, que dans le cas contraire elles appartiendraient au père recueillant le pécule : *Si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo; si adita non sit ut in proprio patris esse spectanda.* (Loi 33 pr. *de Adquir. rer. dom.*)

4° Quant aux legs qui seront faits à l'esclave pendant la captivité du fils, ils profiteront soit à l'héritier faisant addition, soit au père recueillant *jure peculii.* En règle générale le legs est réputé ouvert du jour du décès du testateur; mais Papinien veut reculer l'ouverture du legs fait à l'esclave du pécule au jour où l'institué prend parti, pour le faire reposer seulement dès cette époque soit sur l'héritier soit sur le père (Loi 14, § 2 *de Castr. pecul.*) De même que pour la stipulation, Ulpien combattait cette doctrine et ici encore par les mêmes motifs son opinion avait dû prévaloir.

Section 6e. — *Postliminium passif.*

1° La fiction du *postliminium* s'applique également aux choses prises par l'ennemi. Elle aura pour effet de faire considérer la chose captive dès qu'elle est sortie des mains de l'ennemi comme étant toujours demeurée aux mains de son ancien maître : *Postliminium est jus amissæ rei recuperandæ ab extraneo et in statum pristinum restituendæ* (Loi 19 pr. *de Capt.*).

2° Le *postliminium* passif existe entre les mêmes peuples que le *postliminium* actif. Il s'applique aux esclaves, aux choses inanimées, aux animaux. Enfin Pomponius nous fait observer que les deux espèces de *postliminium* se rencontrent à la fois en la personne du fils de famille au retour de captivité, en ce sens que d'une part il recouvre ses droits de cité et de famille et que son père d'autre part reprend sur lui l'exercice de la *patria postestas* (Loi 14 pr. *de Capt.*).

3° Le *postliminium* s'appliquera aux propriétés territoriales occupées par l'ennemi et reprises sur lui, elles ne seront pas vendues aux enchères comme territoire conquis, mais feront retour à leur ancien propriétaire (Loi 20, § 1er. *de Capt.*).

4° L'esclave de retour est restitué à son ancien maître ou à son héritier si le maître est décédé, pendant la captivité (Loi 10, Code, *de Postl.*). Le maître reprendra son esclave, même transfuge; la disposition que nous avons signalée qui privait le transfuge du *jus postliminii* ne s'étendait pas à l'esclave (Loi 19, § 5, *de Capt.*). Le droit du propriété-

taire devait en effet primer toute autre considération.

5° En général les objets mobiliers pris par l'ennemi et repris sur lui par les armées romaines ne font pas retour à l'ancien maître, ils sont considérés comme butin. Exception est faite, nous l'avons vu, pour l'esclave qui est rendu au maître : *receptus est non captus* (Loi 12, Code, *de Capt.*). Les bâtiments de guerre et de transport retournent à l'État, mais les barques de pêche ou de plaisance font partie du butin. Le cheval de combat est rendu à son maître, car il a pu s'échapper sans la faute du cavalier ; il n'en sera pas de même des armes ou des vêtements que l'on ne peut perdre sans honte (Loi 2, § 1 et 2. Loi 3, *de Capt.*).

6° On n'a pas ici comme pour le *postliminium* actif à considérer le temps du retour, le maître reprend dans tous les cas son bien. Une différence cependant doit être signalée entre les esclaves et les autres objets. Toute chose captive est considérée comme de retour dès qu'elle a repassé la frontière ; au contraire l'esclave même rentré à Rome s'il ne sert ni son maître ni un autre, n'est pas réputé de retour (Loi 30, *de Capt.*).

7° Les droits acquis sur les objets pris par l'ennemi restent en suspens tant que dure l'espoir du *postliminium*. Ainsi la captivité de l'esclave promis par son maître à un tiers stipulant n'éteint pas l'obligation. De même pendant la captivité l'esclave peut être l'objet d'un contrat ou d'un acte de disposition. Il peut être légué, et même institué héritier (Loi 98, *de Legat. fiduc*).

L'esclave captif de retour conserve tous les caractères juridiques qu'il avait avant sa captivité. Ainsi un esclave pris par des voleurs et ensuite fait prisonnier

par les Germains, s'il vient à être repris par les soldats romains et vendu, ne peut être usucapé par l'acheteur, car il est demeuré *res futirva* (Loi 27, *de Capt.*).

De même un esclave condamné aux mines s'il a été racheté après sa captivité par un particulier, sera repris par l'État ; à charge toutefois, comme nous le verrons bientôt, pour le fisc, d'indemniser le rédimant (Loi 12, § 17, *de Capt.*).

8° La chose qui revient à son maître est réputée n'être jamais sortie de sa puissance, aussi le maître a-t-il droit aux accessoires de la chose comme à la chose même. Si une femme esclave devient mère en captivité, l'enfant aussi bien qu'elle-même appartient au maître en vertu du *postliminium* passif.

9° Mais l'effet du *postliminium* peut également être invoqué en faveur de l'esclave. Supposons par exemple, un esclave affranchi sous condition, fait captif, et rentrant sur le territoire romain. Si la condition s'est accomplie pendant la captivité, cet esclave qui était *statuliber* aura été libre du jour où la condition est arrivée, et à son retour invoquera le *postliminium* pour obtenir sa liberté. Si à son retour la condition ne s'est pas accomplie, il revient à son maître en attendant l'arrivée de la condition.

L'esclave auquel la liberté a été ainsi accordée sous condition peut s'être rendu chez l'ennemi comme transfuge. Une distinction doit alors être faite. Si à l'époque du retour la condition n'est pas accomplie, il rentre au pouvoir du maître, auquel ne peut préjudicier le fait de l'esclave ; puis à l'arrivée de la condition il sera libre. Mais si la condition s'est accomplie pendant la captivité, il a dès lors cessé d'appartenir à son maître, dès lors sa

qualité de transfuge l'empêche de profiter de la liberté et d'invoquer le *postliminium* (Loi 19, § 6, *de Capt.*). Par suite son maître ne pouvant le reprendre, il appartiendra comme butin à celui qui l'aura pris sur l'ennemi ou qui l'aura racheté.

Section 7e. — *De redemptis ab hostibus.*

Nous avons étudié les effets du *postliminium* lorsque le captif est parvenu à s'échapper des mains de l'ennemi, ou lui a été repris par les armées romaines, et nous pouvons les résumer ainsi : *Illico statum quem captivitatis casu amiserat, recipit, servi autem dominis suis restituuntur* (Loi 12, Code, *de Postl.*). Il nous faut maintenant envisager l'hypothèse où le captif a été racheté à prix d'argent et rechercher quelle sera dans ce cas tout spécial la condition dans laquelle il va se trouver.

I. *Droits du redemptor.* — Le captif racheté reste *loco pignoris* en possession du *redemptor*, et, jusqu'à ce que celui-ci ait été désintéressé de ses avances, il ne peut jouir du bénéfice du *postliminium*. Mais pour que le rédimant puisse invoquer ce droit de gage, il faut d'abord qu'il ait réellement payé la rançon et, de plus, qu'il ait opéré ce rachat non en vue de faire une libéralité au captif, mais par spéculation et avec la pensée de bénéficier de ses droits jusqu'au remboursement de ses avances. C'est ainsi que les empereurs Dioclétien et Maximien refusent tout droit de rétention au chef d'une légion auquel un prisonnier avait été

librement remis par l'ennemi, et déclarent que le captif en vertu du *postliminium* a été immédiatement rétabli dans son ingénuité (Loi 5, Code, *de Postl.*).

Ainsi encore : Un fils ayant été racheté par sa mère, et celle-ci prétendant lui réclamer le prix de sa rançon, les mêmes empereurs repoussent cette demande ; la qualité du rédimant devant faire supposer qu'il a agi par affection pour le captif : *Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redempto filio facti te pœnitere ac de pretio quidquam tractare non convenit* (Loi 47, Code, *de Postl.*) [1].

Les droits du *redemptor* varieront suivant qu'il aura racheté un homme libre ou un esclave.

1° Le captif racheté reste libre et ingénu; sans doute il est entre les mains du *redemptor* comme le gage des déboursés que celui-ci a pu faire pour sa rançon, mais il n'est pas pour cela *in servilem conditionem* (Loi 2, Code, *de Postl.*). Quand le *redemptor* aura été désintéressé, le captif reprendra tous ses droits restés en suspens. *Redemptio facultatem redeundi præbet non jus postliminii mutat* (Loi 20, § 2, *de Capt.*).

Du reste, le rédimé reste seul soumis à cette restriction. Si, par exemple, une femme captive a été rachetée et est devenue mère avant le remboursement de sa rançon, ses enfants sont nés libres et nullement tenus, comme leur mère, d'indemniser le *redemptor*, puisque celui-ci n'a rien payé pour leur rachat : *Cum eos qui post redemptionem nascuntur ne pignoris quidem vinculo ob pretium, quod pro his datum non est, teneri, nullis auctoribus visum est* (Loi 8, Code, *de Postl.*).

[1] Pothier remplace au texte *judicia* par *indicio*.

De même les enfants d'une mère rédimée, nés des œuvres d'un esclave pendant le même intervalle, suivent la condition de leur mère et sont ingénus (Loi 18, Code, *de Postl.*).

L'obligation qui pèse sur le rédimé est un droit de gage. Il ne peut, bien entendu, s'agir d'un gage proprement dit sur une personne libre, aussi ce droit est-il qualifié *veluti naturalis pignoris vinculum* (Loi 2, Code, *de Postl.*).

Le rédimant peut faire remise de sa dette au captif, à l'instant celui-ci reprend l'exercice de ses droits. Cette remise peut être expresse ou tacite. Ainsi, celui qui épouserait une femme rachetée par lui n'aurait rien à craindre sur le sort de son épouse et des enfants communs.

Le captif rédimé auquel a été fait remise de sa dette reprend son ingénuité et n'est pas considéré comme affranchi, il ne sera donc tenu envers les enfants du *redemptor* à aucun des devoirs de l'affranchi envers son patron (Loi 11, Code, *de Postl.*).

Le rédimé peut même, avant d'avoir remboursé sa rançon, réclamer ses droits dans une succession. Cette solution est, du reste, également favorable au *redemptor*, qui se trouvera ainsi plus rapidement remboursé (Loi 15, Code, *de Postl.*).

L'unique droit du *redemptor* sur le rédimé était donc de l'employer à son service et de tirer parti de son travail jusqu'à ce qu'il ait été désintéressé. Aussi devait-il le traiter non comme un esclave, mais avec le respect dû à la dignité de la liberté (Loi 7, Code, *de Postl.*). L'espèce spéciale prévue par cette loi nous montre que le *redemptor* pouvait perdre tous ses droits

sur le rédimé, quand il avait tenté de les outrepasser.

2° Si le captif racheté était un esclave, le *redemptor* acquiert sur lui un droit de propriété, même quand il aurait connu quel était le véritable propriétaire. Cependant, celui-ci conserve toujours la faculté de payer le prix de la rançon et de reprendre son esclave (Loi 12, § 7, *de Capt.*). Le *redemptor* devient donc propriétaire sous condition résolutoire.

Si l'esclave racheté avait plusieurs maîtres, le résultat serait le même, si tous étaient d'accord pour rembourser le rédimant. Il suffirait même qu'un seul des anciens maîtres offrît de payer le prix de la rançon pour qu'il pût reprendre l'esclave, qui dès lors lui appartiendrait en entier, sous réserve cependant du droit des copropriétaires d'exercer vis-à-vis de lui, ultérieurement, le rachat pour leur part. *Si plurium servus fuerat et omnium nomine ei qui redemit, restitutum pretium in communionem redibiti; si unius tantum vel quorumdam nec omnium, ad eum eosve qui solverunt pertinebit; ita ut in portione sua pristinum jus obtineant, et in parte ceterorum ei qui redimit succedant* (Loi 12, § 13, *de Capt.*). Toutefois, nous pensons que l'un des copropriétaires ne pourrait obliger le *redemptor* à accepter le remboursement de sa part en sorte qu'il se trouvât dans l'indivision avec lui; nous n'avons, il est vrai, trouvé aucun texte nous donnant la solution de cette hypothèse.

Si le *redemptor* avait cru par erreur acquérir l'esclave de son véritable propriétaire, pourrait-il y avoir à son profit une sorte d'usucapion qui consoliderait son droit et éteindrait la faculté de rachat ? Il était permis d'hésiter puisque le *redemptor*, étant devenu proprié-

taire de l'esclave, on ne concevrait pas qu'il pût usucaper sa propre chose. Néanmoins, la solution contraire avait prévalu et, après l'expiration du temps nécessaire pour l'usucapion, le *redemptor* pouvait repousser la demande du véritable maître. En effet, en décidant que le *redemptor* deviendrait propriétaire de la chose rachetée, on avait voulu rendre sa condition meilleure et non lui faire perdre les avantages dont il pouvait déjà se prévaloir en vertu du droit commun. En qualité d'acheteur de bonne foi, son droit devenait inattaquable et définitif à raison du temps écoulé depuis sa possession, il eût été inique de lui enlever le bénéfice de ce droit. Comme le fait observer Pothier, *quod meum est amplius non potest fieri, sed quod imperfecte meum est potest per usucapionem perfectius meum fieri et ita ut auferri non possit.* Ici l'effet de l'usucapion est de consolider la propriété du *redemptor* et de la rendre incommutable (Loi 12, § 8, *de Capt.*).

L'esclave captif a pu être affranchi soit par l'ennemi qui l'a fait prisonnier, soit par le *redemptor*. Nous devons rechercher quel serait à l'égard de son ancien maître l'effet de cet affranchissement.

Dans la première hypothèse, l'esclave est certainement devenu libre, mais il ne pourrait cependant opposer cet affranchissement à son ancien maître. Par suite, s'il revenait au camp romain, même avec l'intention de retourner chez l'ennemi, son maître pourrait le reprendre en vertu du *postliminium* passif. Pour les hommes libres, ils ne peuvent, nous l'avons dit, invoquer le *postliminium* que s'ils reviennent avec la volonté de demeurer dans leur patrie ; cette différence avec la solution donnée pour l'esclave résulte de ce que

chacun peut disposer de son droit de cité, mais ne peut nuire aux droits de propriété d'autrui : *Quia (ut Sabinus scribit) de sua qua civitate cuique constituendi facultas libera est; non dominii jure* (Loi 12, § 9, *de Capt.*).

Si nous supposons l'affranchissement fait par le *redemptor*, nous déciderons au contraire que l'esclave sera libre, même à l'égard de son ancien maître; il serait inique en cette hypothèse de priver l'esclave de sa liberté. D'ailleurs le *redemptor* pouvait faire évanouir le droit du maître en aliénant l'esclave à un acquéreur de bonne foi qui l'usucaperait, on ne voit pas pourquoi on ne lui reconnaîtrait pas le droit de l'affranchir. La loi a eu pour but de protéger le *redemptor* en lui assurant le remboursement de ses avances; si de lui-même il y renonce, le droit de l'ancien maître n'est aucunement violé (Loi 12, § 9, *de Capt.*).

S'il existait une cause antérieure à la captivité apportant à l'affranchissement un obstacle temporaire ou perpétuel, par exemple si l'esclave a été vendu sous la condition qu'il ne serait pas affranchi, le *redemptor* ne serait pas arrêté par cette restriction : *Habebit autem interim sine pœna sua qui redemit* (Loi 12, § 16, *de Capt.*).

Si l'esclave, avant sa captivité, avait reçu sa liberté sous condition, il profitera de cette condition arrivée depuis son rachat (Loi 12, § 10, *de Capt.*). Mais cette condition pouvait consister dans le paiement d'une certaine somme, par exemple le testateur lui a légué sa liberté à charge de payer 10,000 sesterces, avec faculté de les prendre sur son pécule. L'esclave pourra

valablement payer avec le pécule qu'il aura acquis chez l'ennemi, sauf cependant si le *redemptor* avait à la fois acquis l'esclave et le pécule ; l'esclave ne pourrait non plus payer avec le pécule acquis chez le *redemptor ; ex re illius aut ex operis suis*. Mais s'il a des biens qu'il a acquis pour toute autre cause, il pourra s'en servir pour se libérer : *ex alia autem causa parto peculio potest dare ita ut conditioni benigne eum paruisse credamus* (Loi 12, § 11, *de Capt.*).

La liberté avait pu être léguée à l'esclave par fidéicommis ; si la condition mise à sa liberté arrive pendant qu'il est aux mains du *redemptor*, il doit alors, avant de réclamer sa liberté, rembourser le prix de sa rançon. L'homme libre se trouverait ici vis-à-vis du *redemptor* dans une situation analogue ; l'esclave ne pouvait pas être mieux traité (Loi 12, § 14, *de Capt.*).

Le rédimant conserve l'esclave libre de toutes les charges qui le grévaient avant la captivité. C'est ainsi que le gage constitué sur l'esclave ne pourra être exercé qu'après le remboursement du *redemptor*. Le créancier gagiste pourrait lui-même le désintéresser ; il reprendrait alors son droit de gage sur la chose captive tant pour sa créance primitive que pour le prix du rachat. Pour cette dernière somme, son droit serait préférable à celui de tous les créanciers antérieurs. La situation est en effet la même que si un créancier postérieur désintéresse un créancier antérieur pour consolider son gage (Loi 12, § 12, *de Capt.*).

II. *Extinction du droit du redemptor.* — 1° Le droit du *redemptor* s'éteindra par le remboursement qui lui sera fait de ses avances. Ce remboursement,

il sera contraint de l'accepter et ne pourra, dès que l'offre lui en sera faite, refuser de rendre le *redemptus* à la liberté. En effet, le droit de gage qui lui est conféré a eu uniquement pour but d'encourager au rachat des captifs, en écartant tout danger de perte pécuniaire (Loi 6, Code *de Postl.*).

Mais il ne faut pas que le *rédemptor* puisse espérer réaliser un bénéfice par son opération ; il ne pourra donc réclamer au captif une somme supérieure à celle du rachat. Aussi, le droit de gage sur le rédimé a-t-il été cédé à un tiers pour une somme plus forte que celle de la rançon, le rédimé pourra toujours se libérer par le remboursement de la somme déboursée, sauf le recours que le tiers pourra exercer contre le redimant (Loi 19, § 9, *de Capt.*). Pour permettre au redimé de se libérer plus facilement ou lui permit, comme nous l'avons vu, bien qu'il ne puisse encore invoquer le *jus postliminii*, de recueillir une succession ouverte à son profit (Loi 15, Code *de Postl.*).

2° La remise du prix de rachat éteindra encore le droit du *redemptor*. Certaines circonstances pourront faire présumer cette remise. Ainsi le mariage du redimant avec la femme captive qu'il a rachetée rendra aussitôt à celle-ci son ingénuité (Loi 13, Code *de Postl.*) Par application de ce principe, si quelqu'un rachète une ingénue dans l'intention d'en avoir des enfants, croyant acheter une esclave, puis s'il l'affranchit avec l'enfant qu'elle a mis au monde, son ignorance ne peut préjudicier à l'état de ceux qu'il a cru affranchir. Dès que l'erreur sera reconnue, le droit de gage qui pesait sur la mère venant à s'éteindre retroactivement, celle-ci recouvre par l'effet du *postliminium* son ingénuité,

et l'enfant sera comme elle libre et ingénu (Loi 21, pr. *de Capt.*).

3° Le fils, qui après la mort de son père, rembourse au *redemptor* le prix du rachat, sera héritier sien du père rédimé; cette solution ne peut être contestée. Mais on va plus loin et l'on peut dire que la mort du père éteint le droit de gage, que dès lors le père étant décédé sans être tenu de la dette peut avoir un héritier sien, sans que celui-ci soit tenu de rembourser le *redemptor*. Ainsi le gage s'éteint par la perte de la chose engagée, de même la mort du rédimé éteint le droit du *redemptor* : *et si forte quis subtilius dicat hunc dum moritur, quasi jure pignoris finito, nanctum postliminium, et sine obligatione debiti obisse, ut poterit suum habere : quod non sine ratione dicetur* (Loi 15, *de Capt.*). Cette solution bien qu'émise sous forme de doute par Ulpien, nous semble conforme aux principes.

4° Le rédimé éteindra sa dette par le prix des services qu'il est tenu de rendre au rédimant. Une constitution des empereurs Honorius et Théodose fixait à cinq ans le temps de service nécessaire au captif rédimé pour se libérer (Loi 20, Code *de Postl.*).

5° Ajoutons, enfin, que le *jus redemptoris* peut encore s'éteindre par l'affranchissement de l'esclave racheté.

DROIT FRANÇAIS

DÉCLARATION D'ABSENCE. — SITUATION DES BIENS DE L'ABSENT PENDANT LA PÉRIODE D'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE.

CHAPITRE PREMIER.

I.

Dispositions générales.

L'absent est celui dont l'existence est devenue incertaine. Une personne a disparu de son domicile, on ne reçoit d'elle aucune nouvelle, est-elle morte, vit-elle encore ? Nul ne le sait.

Cette situation va mettre en péril des intérêts multiples que le législateur avait le devoir de protéger.

Les probabilités de mort augmentent chaque jour, le caractère des mesures de protection doit nécessai-

rement se modifier en même temps ; de là trois degrés dans l'incertitude de la vie, et trois périodes correspondantes dans la division de l'absence : 1° la présomption d'absence ; 2° la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent au profit des ayant-droit ; 3° l'envoi en possession définitif.

Notre étude ne porte que sur la deuxième période, pendant laquelle le patrimoine de l'absent, dont la mort est devenue de plus en plus vraisemblable, va se trouver réparti entre tous ceux qui peuvent avoir des droits subordonnés à son décès :

Héritiers légitimes réclamant leur part héréditaire ; successeurs irréguliers invoquant les articles 756 et 768 du Code civil ; ascendants donateurs invoquant le droit de succession anomale ; donataires de biens à venir réclamant les biens donnés ; enfin, légataires réclamant l'exécution des legs faits à leur profit. Toutes ces personnes dont les intérêts sont en souffrance, le législateur les arrête depuis cinq ans, onze ans peut-être, en se basant sur la probabilité du retour de l'absent. Cette situation doit prendre fin ; des considérations puissantes, d'ailleurs, sollicitent de faire droit à leur réclamation. L'intérêt bien entendu de l'absent lui-même exige que le patrimoine qu'il a délaissé ne reste pas plus longtemps entre les mains d'un administrateur étranger, ces biens doivent être confiés à des gardiens soucieux de les améliorer et de les faire produire. Personne ne remplira mieux ce but que ceux qui, selon toute probabilité, conserveront ces biens à titre définitif.

Tout en permettant à ces divers intéressés d'exercer

leurs droits sur les biens de l'absent, on ne devait pas perdre de vue la possibilité de son retour ; le législateur devait donc prendre toutes les mesures nécessaires pour que, le cas échéant, l'absent pût retrouver son patrimoine intact entre les mains des envoyés en possession.

Tel sera l'objet de notre étude. Nous serons donc conduit à examiner successivement :

1° Quelles personnes peuvent demander l'envoi en possession.

2° Suivant quelles formes il doit être demandé.

3° Quels biens peuvent en faire l'objet.

4° Quelles obligations sont imposées aux envoyés en possession.

5° Quels droits leur sont accordés.

6° Comment prend fin l'envoi provisoire.

7° Enfin nous aurons à examiner dans un chapitre spécial les droits du conjoint de l'absent marié sous le régime de communauté.

II.

Envoi en possession provisoire.

Nous résumons brièvement les principaux événements qui précèdent la déclaration d'absence.

La première période, celle de *présomption d'absence*, a commencé au jour de la disparition de l'absent ou au moment où le défaut de nouvelles permet de mettre en doute son existence ; elle durera jusqu'à

la *déclaration d'absence*, à moins qu'elle n'ait préalablement cessé par le retour de l'absent ou la preuve acquise de son décès. Pendant cette période, le retour de l'absent est présumable, aussi la défense de ses intérêts a-t-elle été le but principal dont se soit préoccupé le législateur. Les tribunaux sont chargés de pourvoir, en cas de nécessité, à la conservation et à l'administration de son patrimoine. Ils agissent soit à la requête des parties intéressées, soit à la requête même du ministère public et doivent prescrire toutes les mesures que nécessiteront les circonstances. L'article 112 indique suffisamment d'ailleurs le caractère des mesures auxquelles peut donner lieu cette première période : « *S'il y a nécessité* » *de pourvoir à l'administration de tout ou partie* » *des biens*..... il y sera statué..... » Donc large pouvoir d'appréciation laissé aux magistrats, mais limité par le but même que la loi s'est proposé d'atteindre, la sauvegarde des intérêts de l'absent.

Cette situation expectante ne peut se prolonger; la présomption de mort acquiert chaque jour plus de force, il est nécessaire de prendre des mesures permanentes non plus uniquement dans l'intérêt de l'absent, mais aussi dans l'intérêt de ceux dont les droits sont subordonnés à la condition de son décès. Le *présumé absent* va être déclaré *absent* et les ayant-droit envoyés en *possession provisoire* de ses biens.

Ces mesures ne devront être ordonnées qu'après avoir pris les précautions les plus minutieuses pour constater qu'il n'existe aucun indice de nature à prouver l'existence de l'absent. Nous n'avons pas à rechercher ici quelles formalités doivent être remplies pour

arriver à ce jugement déclaratif, disons seulement que les rédacteurs du Code ont, par une heureuse innovation, pris toutes les mesures nécessaires pour faire parvenir la demande en déclaration d'absence à la connaissance des intéressés. Une enquête est faite dans l'arrondissement du dernier domicile de l'absent, le jugement qui ordonne l'enquête est envoyé au ministre de la justice qui lui donne une grande publicité ; un intervalle d'un an doit séparer ce jugement du jugement qui déclarera l'absence, enfin ce dernier reçoit également la publicité du *Journal officiel*.

Section 1re. — *Qui peut demander l'envoi en possession provisoire?*

1. Aux termes de l'article 120 du Code civil « dans » le cas où l'absent n'aurait point laissé de procu- » ration pour l'administration de ses biens, ses héri- » tiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de » ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du » jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se » faire envoyer en possession provisoire des biens qui » appartenaient à l'absent.... »

2. Avant d'aborder le commentaire de cet article, il convient d'y relever un vice de langage qui trouve son explication dans l'historique même de sa rédaction.

Dans la pensée primitive de la loi la circonstance d'une procuration laissée par l'absent, ne devait avoir aucune influence sur le délai de la demande en déclaration d'absence, mais seulement sur celui de l'envoi

en possession provisoire. La déclaration d'absence devait être prononcée dans un délai uniforme, soit qu'il y eût, soit qu'il n'y eût pas de fondé de pouvoirs, mais il en était autrement de l'envoi provisoire qui, dans le premier cas, ne pouvait être demandé qu'après dix ans, et après cinq ans dans le second (V. Locré, t. IV, p. 38, 63 et 87). La question paraissait résolue en ce sens par l'article 115 qui portait, sans faire de distinction, que la déclaration d'absence pourrait être demandée après quatre ans. Rien ne fut tranché par l'article 120 qui ne prévoit que le cas sur lequel l'accord était fait, celui où l'absent n'a pas laissé de procuration. Enfin l'article 121 repousse formellement ce système, on pensa que l'envoi provisoire étant la conséquence de la déclaration d'absence, il devait, dans tous les cas, avoir lieu immédiatement après elle, sauf à retarder cette déclaration elle-même si l'absent avait laissé un mandataire. La rectification des articles 120 et 115 eût été nécessaire pour les mettre en harmonie avec le principe formellement posé dans l'article 121, mais l'esprit de la loi, malgré cette contradiction des textes, n'en reste pas moins évident [1].

[1] Discours de M. Bigot-Préameneu au Corps législatif. « Ainsi la » procuration aura son effet pendant dix années, depuis le départ » ou depuis les dernières nouvelles, et ce sera seulement à l'expi- » ration de ce terme que *l'absence sera déclarée* et que les parents » seront envoyés en possession. »

Rapport fait au Tribunat par M. Leroy (de l'Orne) :

« S'il y a une procuration, la *déclaration de l'absence* et l'envoi en » possession provisoire ne pourront être poursuivis par les héritiers » qu'après dix années révolues. »

Ces textes suffiraient à écarter toute controverse, si l'on était tenté de contester l'exactitude de l'interprétation que nous donnons des termes de l'article 120.

3. Le droit de demander l'envoi provisoire appartient, en première ligne, aux héritiers présomptifs de l'absent, article 120 et 123. Mais il convient de remarquer qu'aux termes du premier de ces articles, c'est aux héritiers présomptifs, *au jour de la disparition ou des dernières nouvelles,* que ce droit est réservé.

L'équité semble au premier abord froissée de cette décision, car, dans la plupart des cas, l'absent n'aura pas péri le jour même de sa disparition. Une vive controverse s'était élevée sur ce point dans notre ancien droit. Lebrun et Duparc Poullain, hors les cas où l'absent avait disparu dans une bataille ou dans un naufrage, refusaient de faire remonter la présomption de mort au-delà de l'époque d'envoi en possession provisoire. Tel était aussi l'avis émis par Pothier dans ses commentaires de la coutume d'Orléans. Cependant le savant jurisconsulte revint sur cette opinion dans son *Traité des successions* (chap. III, sect. I, § 1). La jurisprudence finit par se fixer dans le même sens, (Voy. Lamoignon, *Rec. de ses arrêts*, titre VI, art. 1er) et à l'époque de la rédaction du Code la question ne paraissait plus susceptible de controverse (Tribunal d'appel de Lyon, 2 pluviôse an XI).

Malgré les bizarreries apparentes auxquelles peut, en certains cas, conduire ce système, les rédacteurs du Code ne pouvaient sérieusement hésiter à le consacrer. Le danger qu'il y aurait à faire dépendre d'opinions arbitraires la décision d'un point si important exige que l'on suive, en cette matière, une règle fixe et constante, plutôt que de se déterminer dans chaque cas particulier d'après des présomptions fondées sur une multitude de conjectures et de circons-

tances qui peuvent varier à l'infini (*Nouveau Denisart*, p. 55). Du jour de la disparition de l'absent, on n'a, en effet, aucune preuve qu'il ait continué d'exister; pour prétendre que sa succession s'est ouverte à une époque postérieure il faudrait prouver qu'il a vécu au-delà de cette époque.

C'est donc aux héritiers de l'absent, à l'époque de ses dernières nouvelles, que sa succession est déférée, en établissant à cet effet une fiction en vertu de laquelle il est réputé mort dès cette époque. La Cour de cassation a fait une intéressante application de ces principes en décidant que l'envoi en possession provisoire devait être prononcé au profit des frères de l'absent qui étaient ses héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles, à l'exclusion d'enfants nés postérieurement à la disparition et inscrits sur les registres de l'état civil comme issus de son mariage, sans qu'il soit nécessaire pour les frères de l'absent d'intenter préalablement une action en désaveu (Civ. rej. 3 décembre 1834).

4. Ces héritiers ne sont pas saisis de plein droit, ils pourront, dit l'art. 120, se faire envoyer en possession, c'est une faculté que la loi leur offre. Dans cette attribution, on suivra naturellement l'ordre réglé au titre des successions.

Mais si en principe le droit à la possession provisoire appartient à ceux qui sont les premiers dans l'ordre de succéder, il n'en faudrait pas conclure que d'autres parents plus éloignés devraient être déclarés non recevables par le motif qu'ils ne seraient pas les héritiers présomptifs. On peut, en effet, supposer que l'héritier présomptif aura un intérêt quelconque à ne pas de-

mander l'envoi en possession; il ne voudra pas, par exemple, fournir caution, ou bien hésitera à s'engager dans les embarras de la gestion du patrimoine de l'absent. Son inaction ne peut paralyser les droits de ceux qui viennent après lui.

Objecterait-on qu'il a pu ignorer la déclaration d'absence?

Mais il a dû être suffisamment averti par la publicité qui a précédé le jugement déclaratif. D'ailleurs l'envoi en possession obtenu par un successible à un degré plus éloigné ne fera pas obstacle, sauf le cas de prescription, à l'exercice du droit ouvert au profit du parent le plus proche. Celui-ci n'a pas, en effet, renoncé à la faculté que la loi lui accordait par préférence, il peut revenir sur son abstention et reprendre la possession des biens à celui qui l'a indûment obtenue. Aussi l'héritier le plus éloigné fera-t-il sagement d'interpeller l'héritier présomptif pour lui faire déclarer s'il entend renoncer au droit de demander l'envoi en possession (Voy. en ce sens Demolombe, t. II, p. 77).

5. Il pourrait arriver qu'après une déclaration d'absence régulièrement prononcée, et l'envoi en possession obtenu par l'héritier présomptif, une contestation s'élevât sur le point de savoir à quelle époque il convient de fixer les dernières nouvelles. Suivant leur date, en effet, d'autres héritiers peuvent prétendre à l'envoi en possession. Les juges seront-ils tenus en ce cas de se conformer aux dispositions de l'article 116 prescrites pour la déclaration d'absence, devront-ils ordonner une nouvelle enquête? Pourront-ils, au contraire, admettre toute espèce de renseignement, par exemple, un acte de notoriété? La

jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en faveur de cette dernière solution (Req. 11 novembre 1811, — Cour de Colmar, 12 août 1814), et ces décisions nous semblent à l'abri de toute critique. Sans doute l'article 116 prescrit une enquête contradictoire avec le ministère public ; son but a été assurément de mettre un terme aux abus et aux fraudes qui résultaient de la facilité avec laquelle on obtenait des tribunaux une déclaration d'absence sur la simple présentation d'un acte de notoriété, signé de témoins complaisants ou salariés (Voy. discours de M. Bigot-Preameneu) ; le législateur a entendu repousser toute attestation individuelle, à moins qu'elle n'ait subi la double épreuve de la publicité et de la contradiction. Mais c'est uniquement en vue de sauvegarder les intérêts de l'absent que ces dispositions ont été prises ; dans le cas que nous prévoyons, ces intérêts ne sont plus en jeu. C'est un débat purement privé qui s'agite entre des parties présentes et également aptes à défendre leurs droits, auxquelles, par conséquent, la loi ne devait pas la même protection, la même sollicitude qu'elle accorde à l'absent. On remarquera du reste que si l'article 120, en accordant l'envoi provisoire aux héritiers, à l'époque des dernières nouvelles, n'a pas déterminé en quoi consistent ces dernières nouvelles, c'est assurément qu'il a entendu abandonner l'appréciation de ces preuves de fait à la sagacité et à la prudence des juges.

6. A défaut d'héritiers légitimes les successeurs irréguliers peuvent demander l'envoi en possession. L'article 140 accorde formellement ce droit au conjoint de l'absent au cas où celui-ci n'aurait laissé aucun parent

habile à lui succéder; à plus forte raison faut-il reconnaître le même droit aux enfants naturels de l'absent puisqu'ils précèdent l'époux dans l'ordre successif (art. 767 C. civ.). Le silence du Code à leur égard s'explique par ce fait qu'à l'époque de la discussion du titre de l'absence, on ne savait pas encore la position qui leur serait faite.

Les autres successeurs irréguliers et enfin l'Etat, quand il n'y a ni parent ni conjoint, seraient également recevables à demander l'envoi provisoire.

7. Nous devons ici faire remarquer que ce droit des divers héritiers présomptifs de se faire envoyer en possession provisoire est transmissible à leurs propres héritiers. Par suite si l'héritier présomptif de l'absent est décédé sans avoir obtenu ou même demandé l'envoi en possession et sans y avoir renoncé, il transmet à ses héritiers le droit d'en faire la demande. Telle était la jurisprudence des Parlements (*Journal des Audiences* 2 janvier 1634 et 23 mars 1688). L'article 120, dit Merlin, bien loin de déroger à cette jurisprudence, est évidemment calqué sur le principe qui en était la base. Telle est encore aujourd'hui notre jurisprudence (Paris, 11 février 1813; Colmar, 12 août 1814; Pau, 27 avril 1827; Civ. rej. 29 décembre 1830).

Il résulte même du principe qui fixe, au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, la qualité des ayant-droit à l'envoi provisoire, qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier naturel de l'absent pour pouvoir demander cet envoi. Si nous supposons que l'absent a laissé un frère pour plus proche parent au moment de sa disparition, que ce frère soit décédé depuis, ayant institué un étranger comme légataire

universel, aucun parent de l'absent ne pourra demander l'envoi en possession au préjudice du légataire (Sic, Proudhon, t. I, p. 283; Marcadé, art. 115, n° 3, art. 120, n° 4; Cour d'Angers, 28 août 1828).

8. « Lorsque les héritiers présomptifs, dit l'art. 123, » auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le » testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisi- » tion des parties intéressées ou du procureur de la Ré- » publique près le tribunal et les légataires, donataires » ainsi que tous ceux ayant sur les biens de l'absent » des droits subordonnés à la condition de son décès » pourront les exercer provisoirement à la charge de » donner caution. » Les héritiers présomptifs ne sont donc pas seuls à pouvoir demander l'envoi en possession provisoire, la loi a voulu que tous ceux ayant des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent fussent admis à l'exercice provisoire de ces droits. Ces tiers intéressés seront le donataire en vertu d'une institution contractuelle (art. 1082), l'appelé à une substitution dont l'absent serait grevé (art. 1048-1049), l'ascendant donateur (art. 747), le donateur avec stipulation de retour (art. 951), le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent aurait l'usufruit, enfin les légataires.

9. Il semblerait qu'aux termes de l'article 123 tous ces intéressés dussent attendre pour agir que les héritiers présomptifs aient fait déclarer l'absence et obtenu l'envoi en possession provisoire. En d'autres termes cet envoi en possession des héritiers serait une formalité préalable et indispensable à l'exercice des autres droits subordonnés au décès de l'absent. Cette opinion, aujourd'hui généralement abandonnée a été soutenue

par Toullier (*Cours de droits français*, t. I, n° 435). Le savant auteur fondait sa doctrine sur les termes mêmes de l'article 123 qui semblent formels et sur la discussion à laquelle sa rédaction donna lieu devant le tribunat. Cet article était rédigé dans le projet tel qu'il a passé dans notre Code, on proposa d'en modifier les termes, en alléguant que l'envoi en possession étant purement facultatif pour les héritiers présomptifs, l'exercice des autres droits subordonnés au décès de l'absent pourrait se trouver paralysé. On demandait la nomination d'un curateur *ad hoc* contre lequel, l'absence une fois déclarée, les intéressés devraient diriger leur action (Fenet, t. VIII, p. 432). Ces observations ne furent pas accueillies ; leur rejet prouverait donc que dans l'esprit des rédacteurs du Code la déclaration d'absence et l'envoi provisoire seraient le préliminaire nécessaire à l'exercice de tous les autres droits subordonnés au décès de l'absent.

Nous ne pouvons admettre cette doctrine. Les droits des intéressés existent par eux-mêmes indépendamment du droit des héritiers, il est donc impossible d'en subordonner l'exercice au bon ou au mauvais vouloir de ceux-ci. Est-ce que en cas de décès, par exemple, comme le fait très justement observer M. Demolombe, le refus d'accepter la succession, ou même la renonciation des héritiers légitimes, arrête l'exercice des autres droits que le décès a ouverts ? Assurément non. Il ne saurait dès lors en être différemment dans notre hypothèse, qui n'est autre chose qu'une sorte d'ouverture provisoire de la succession.

L'article 123, il est vrai, semble formel, mais le législateur a eu sans doute en vue le cas le plus ordi-

naire, celui où les héritiers prendront l'initiative et demanderont l'envoi provisoire, en traçant la marche la plus habituelle, la loi n'a pas voulu l'imposer comme une règle générale et obligatoire.

Si l'on appelle en premier rang l'héritier présomptif à la possession des biens de l'absent, c'est qu'il est le contradicteur le plus naturel de toutes les prétentions que les intéressés pourront élever sur ces biens. Mais si cet héritier reste inactif, comme le but de la loi est de remettre provisoirement les biens aux mains de ceux qui en sont les propriétaires présumés, ce serait, nous semble-t-il, méconnaître son esprit que de refuser aux intéressés le droit de provoquer la déclaration d'absence et de demander l'envoi en possession des biens auxquels ils ont droit. La possession provisoire, dit Proudhon (t. I, p. 299), ayant été décrétée pour l'avantage de l'absent, afin que ses biens ne dépérissent pas par un abandon trop prolongé, on ne doit pas accorder à son héritier présomptif la faculté de paralyser arbitrairement cette protection de la loi, pour nuire aux intérêts du légataire universel.

Le but général est ici l'intérêt de l'absent, le législateur n'a pu avoir la pensée d'admettre un système qui tournerait ainsi ou contre ses intérêts ou contre sa volonté ; il faut donc admettre qu'en cette circonstance la lettre de la loi doit être nécessairement suppléée par son esprit (Merlin, *Rép.*, t. I, p. 153).

L'article 123 doit être d'ailleurs rapproché de l'article 115. Or celui-ci accorde le droit de demander la déclaration d'absence aux *parties intéressées* ; cette désignation générale comprend non seulement les héritiers présomptifs, mais toute personne ayant un

intérêt né et actuel dont elle peut justifier. Si du reste, on devait suivre à la lettre le texte de l'article 123, ne faudrait-il pas aller jusqu'à dire, que les légataires, donataires et autres intéressés ne pourraient exercer leurs droits qu'après l'ouverture du testament? Le texte ne distingue pas, il assimile tous les ayant-droit aux légataires. Il est de toute évidence que telle n'a pu être la pensée du législateur, et que l'ouverture du testament n'est pas nécessaire pour qu'un nu-propriétaire, par exemple, réclame la possession du bien dont l'absent était usufruitier. Nous sommes donc autorisés à soutenir qu'il ne faut pas ici s'arrêter au sens littéral des mots, mais interroger l'esprit de la loi tel qu'il résulte de l'ensemble des articles (Valette sur Proudhon, t. I, p. 269. M. Duverger à son cours, etc.).

Nous trouvons du reste notre opinion corroborée par un texte législatif postérieur au Code. Dans la loi du 13 janvier 1817 sur les militaires absents (article 11), le législateur supposant le cas où les héritiers présomptifs s'abstiendraient, faute d'intérêt, de se faire envoyer en possession, veut que leur abstention ne porte aucun préjudice aux personnes intéressées.

On remarquera du reste qu'en admettant avec Toullier que l'envoi en possession au profit des héritiers soit toujours la condition nécessaire des envois particuliers, il y aurait un moyen fort aisé de la remplir. Il suffirait de les mettre en cause, de les interpeller pour qu'ils aient à demander cet envoi ; s'ils s'y refusent la condition devra être dès lors réputée accomplie à leur égard, puisqu'elle n'aura manqué que par la faute de ceux qui étaient tenus de l'accomplir (article 1178 C. civ.). Les

deux opinions contradictoires finiraient par se rencontrer pour aboutir au même résultat.

Mais, à notre avis, cette interpellation des héritiers ne sera pas nécessaire, et les divers ayant-droit pourront, nous croyons l'avoir démontré, exercer leur action sans s'astreindre à cette formalité.

La jurisprudence est unanime sur ce point, toutefois elle apporte à cette solution un tempérament que nous ne saurions admettre. Les tribunaux semblent exiger que, préalablement à la demande d'envoi provisoire portée devant eux, la partie intéressée (autre que l'héritier présomptif) ait provoqué la nomination d'un administrateur, qui représentera l'absent dans l'instance (Cour d'Orléans, 25 février 1835). Cette prétention n'est justifiée par aucun texte, elle nous paraît même contraire à l'esprit de la loi. Quand l'héritier présomptif demande l'envoi provisoire, il n'a pas de contradicteur devant la justice, quand son inaction oblige les autres ayant-droit à agir, c'est au nom même de l'intérêt de l'absent que nous avons vu accueillir sa demande, l'absent n'a donc pas besoin d'être représenté. Que le Tribunal nomme ultérieurement un curateur pour faire aux divers ayant-droit la délivance des biens de l'absent, rien de mieux, mais nous ne pouvons admettre qu'il fasse de cette nomination une condition essentielle à la recevabilité de la demande.

10. Une difficulté s'élève spécialement au sujet des légataires. Pour agir, pour faire déclarer l'absence et demander l'envoi en possession, il faut qu'ils prouvent leur droit. Or leur droit a sa source dans le testament, et ce testament, aux termes formels de l'article 123, ne peut être ouvert qu'après l'envoi en possession. Il est

un cas qui ne présentera aucune difficulté : c'est quand leur qualité de légataire résultera d'un testament non scellé ou cacheté, il leur suffira de le présenter au Tribunal pour faire valoir leurs droits. Mais si nous supposons que le testament est fermé, les légataires se trouvent placés dans un cercle vicieux ; pour les en faire sortir il nous faut encore ici sacrifier le texte de l'article à l'esprit général de la loi, pour faire triompher le bon sens. En fixant l'ouverture du testament à une époque postérieure à l'envoi provisoire, l'article 123 renferme une disposition plutôt énonciative que restrictive ; là encore la loi statue sur le *de eo quod plerumque fit ;* du moment que l'article 115 admet les parties intéressées parmi lesquelles figurent incontestablement les légataires, à poursuivre la déclaration d'absence, on doit de toute nécessité leur accorder les moyens d'exercer le droit qui leur est conféré. Il faut donc autoriser tous ceux qui auront de justes raisons de se croire légataires de l'absent à s'adresser au tribunal pour obtenir l'ouverture du testament.

Nous ferons ici une restriction au principe que nous avons soutenu plus haut, en ce qui concerne la mise en cause des héritiers.

S'il s'agit d'un testament ouvert, si le legs est universel, et qu'il n'y ait pas d'héritier à réserve, le légataire ayant aux termes de l'article 1006, la saisine des biens du testateur, pourra requérir directement sans mise en demeure préalable des héritiers, l'envoi en possession provisoire.

Mais s'il existe des héritiers à réserve ou si le legs est à titre universel ou particulier, comme des textes formels (article 1004, 1011, 1014) exigent qu'une de-

mande en délivrance soit faite aux héritiers, nous pensons que l'action directe du légataire serait irrecevable, et qu'il devrait mettre en cause les héritiers présomptifs et faire constater leur refus de demander l'envoi provisoire (Cour d'Aix, 8 juillet 1807). Dans ce cas nous croyons également que le Tribunal *devrait* nommer un curateur chargé de faire aux légataires, la délivrance de leur legs.

Il en serait de même dans le cas où le testament serait clos et cacheté, comme la qualité du légataire serait incertaine, la mise en demeure des héritiers nous paraîtrait ici encore un préliminaire indispensable à l'action du légataire.

11. Cette faculté accordée par l'article 129 d'opérer l'ouverture du testament de l'absent constitue une innovation législative dont il convient d'apprécier la valeur.

Notre ancienne jurisprudence, après avoir solennellement abandonné la présomption du siècle de vie, l'avait maintenu cependant à l'égard du testament de l'absent. Les héritiers légitimes écartaient avec succès la prétention des légataires par la présomption de vie de l'absent pendant cent ans et en leur opposant qu'un testament était un acte de dernière volonté et ne pouvait produire d'effet que par la preuve de la mort du testateur (Parlement de Toulouse, 2 juin 1650). Quelques auteurs ont pensé que si cette règle, dont le résultat, dans la plupart des cas, était de rendre les legs susceptibles de devenir caducs par le prédécès des légataires, ne devait pas être maintenue dans toute sa rigueur, il eût été juste du moins de ne pas placer sur la même ligne l'héritier testamentaire et l'héritier légitime, en ce qui concerne la faculté d'obtenir l'envoi

provisoire. Il y a, dit-on, quelque chose qui blesse dans cet empressement du législateur à décréter en principe la publicité des dispositions testamentaires, lorsque le législateur et la famille ignorent si le testateur n'existe plus (Plasman, t. Ier, p. 144).

Des considérations plus décisives viennent, ce nous semble, absoudre l'innovation du Code. Les droits que les héritiers présomptifs tiennent de la loi, et ceux que les légataires tiennent de la volonté de l'absent, ne devraient également s'ouvrir qu'à la mort ; si donc par l'effet de la déclaration d'absence, le temps où la mort serait constatée est anticipé, par l'envoi en possession au profit des héritiers, il doit l'être également par la délivrance provisoire au profit des légataires. La pensée intime de la loi trouve du reste dans ce principe une complète satisfaction. L'article 123 n'a fait relativement aux héritiers testamentaires que tirer une déduction logique du principe posé dans l'article 120 à l'égard des héritiers naturels. C'est à ceux qui ont le plus grand intérêt à la conservation des biens de l'absent que la loi a voulu conférer l'administration de son patrimoine. Nul plus que le légataire, n'aurait intérêt à la conservation des choses léguées.

12. Il convient maintenant d'examiner si les héritiers présomptifs et les autres intéressés dont nous venons de faire l'énumération auront la faculté de céder leurs droits sur le patrimoine de l'absent. A quel moment peut avoir lieu cette cession, quels seraient les droits du cessionnaire ?

Les auteurs sont divisés sur ce point, et la jurisprudence a manifesté son hésitation pour donner une solution à cette question.

Supposons que le transport des droits successifs ait eu lieu pendant la première période, celle de présomption d'absence. Pour soutenir la validité d'un semblable traité, on allègue que, si l'absent ne revient point, si l'envoi en possession a lieu, le droit de l'héritier présomptif, du cédant, sera supposé remonter au jour de la disparition, que l'absent sera présumé mort dès cette époque. Comment l'héritier serait-il recevable à demander la nullité d'un traité fait par lui, lorsqu'il ne prouve pas que l'absent existait encore à ce moment, qu'au contraire la loi présume, en ce qui le concerne, qu'il était alors décédé ?

La cession faite, même pendant la période de présomption d'absence est donc valable, et le cessionnaire aura qualité tant pour poursuivre la déclaration d'absence que pour demander l'envoi provisoire aux lieu et place de l'héritier.

Malgré l'autorité que prête à cette doctrine l'adhésion de M. Demolombe et la sanction d'assez nombreux monuments de jurisprudence (Req. 3 août 1829 ; Req. 4 décembre 1822 ; Civ. rej. 30 août 1826 ; Cour de Bordeaux, 21 juin 1838), nous ne saurions l'admettre.

Si la loi a admis comme règle, que l'incertitude de la vie constitue la présomption d'absence, elle n'en a pas moins considéré comme dominante la *présomption de vie* pendant cette première période. La nature des mesures prescrites ne peut laisser aucun doute à ce sujet, rien ne se fait et ne peut se faire que pour l'absent et en son nom : « Lorsqu'un » long temps, dit M. Bigot-Preameneu, ne s'est pas » écoulé depuis que l'absent a disparu de son domi- » cile, la présomption de mort ne peut résulter de cette

» absence, il doit être *regardé comme vivant.* » Si l'absent est réputé vivant, toute cession de son patrimoine par l'héritier présomptif tombe sous l'application de l'article 1130, c'est un pacte sur succession future, et par suite frappé *ab initio* d'une nullité absolue que le cédant lui-même peut invoquer.

Vainement en oppose l'article 120 qui semble faire rétroagir au moment de la disparition de l'absent l'époque de sa mort. Cette rétroactivité est une fiction qui doit être renfermée dans les limites les plus étroites. La loi n'a voulu que faire un choix entre les diverses classes d'héritiers présomptifs qui auraient des droits à la succession, suivant les époques différentes où l'on pourrait placer le décès. Mais conclure de là que relativement à toute autre question, l'absent déclaré doit être réputé mort à l'époque de sa disparition, c'est abuser de la fiction de la loi et l'étendre à un cas pour lequel elle n'a pas été faite.

Nous refuserons donc au cessionnaire dont le titre remonte à l'époque de présomption d'absence le droit de provoquer la déclaration d'absence, comme de poursuivre l'envoi en possession (Civ. cass, 21 déc. 1841).

Si l'absence a été déclarée, la situation légale de l'absent nous semble être modifiée, et nous admettrons la validité de la cession faite postérieurement à cette époque.

Sans doute la déclaration d'absence établit l'incertitude, et non la présomption de la mort de l'absent; pendant toute la seconde période, il y a lutte entre les deux présomptions contraires, celle de la mort par le défaut de nouvelles, celle de la vie par son cours ordinaire (Discours de M. Bigot-Preameneu). Mais il n'en est

pas moins vrai de dire que dans toutes les dispositions de la loi, c'est la présomption de mort qui domine. L'absent est présumé mort, puisque la loi ouvre sa succession à ses héritiers, puisqu'on met à exécution ses dispositions testamentaires, puisque tous les droits subordonnés à la condition de son décès peuvent être exercés, puisqu'il y a lieu à la répétition de la dot, puisque la loi ne permet plus de le mettre personnellement en cause.

Dès lors la cession par les héritiers présomptifs ne peut plus avoir le caractère d'un pacte sur succession future, elle doit être valable et le cessionnaire pourra poursuivre, en vertu de ce traité, l'envoi en possession du patrimoine de l'absent.

13. La cession faite par l'un des héritiers présomptifs étant reconnue valable, les cohéritiers auront-ils le droit, en vertu de l'article 841, d'exercer le retrait successoral à l'encontre du cessionnaire, à quelle époque ce retrait pourra-t-il avoir lieu? Cette double question soulève d'assez graves difficultés.

L'article 841, peut-on dire, constitue une disposition exceptionnelle, qu'on ne saurait étendre au-delà des termes de la loi.

Le retrait ne s'applique qu'en cas de succession ouverte, et ne peut être exercé que par un cohéritier. Pendant l'absence il n'y a pas véritablement de succession ouverte, et il n'y a pas d'héritiers ; il n'y a qu'un envoi en possession provisoire et des envoyés que la loi considère comme des dépositaires.

Enfin la qualité héréditaire des envoyés n'a rien de certain et de définitif, admettre le retrait ce serait s'exposer à des actions récursoires qui pourraient ré-

sulter de ce que l'on a eu connaissance du décès de l'absent à une date postérieure où les héritiers ne seraient plus les mêmes.

Malgré la gravité de cette argumentation, nous ne pouvons accepter la solution que l'on en voudrait déduire.

Dire que le retrait successoral est une disposition exceptionnelle dans notre législation, c'est jouer sur les mots; il est exceptionnel en ce que l'exercice de ce droit est rare, en ce qu'il n'est accordé qu'aux cohéritiers du cédant, mais encore l'est-il à tout successible. D'ailleurs si le législateur n'a pas appliqué expressément l'art. 841 au cas d'absence, c'est qu'à l'époque où il abordait la discussion de ces matières, il ne savait pas encore s'il admettrait le retrait en cas de succession. C'est prêter gratuitement une inconséquence bizarre à la loi que de lui faire refuser l'exercice du retrait successoral aux cohéritiers de l'absent.

En soutenant que la succession n'est pas ouverte au profit des envoyés en possession, on méconnaît tous les principes admis en matière d'absence. En effet la déclaration d'absence donne lieu à une ouverture provisoire de la succession; tous les droits que le décès ouvrirait d'une manière définitive l'absence déclarée les ouvre provisoirement. C'est ainsi que les divers envoyés peuvent se contraindre réciproquement au rapport, débattre les droits respectifs de chacun et répartir entre eux le patrimoine de l'absent dans les mêmes proportions que s'il s'agissait du partage régulier et définitif de la succession.

Si l'on veut d'ailleurs se reporter au but essentiel du législateur, lorsqu'il a introduit le retrait succes-

soral en matière de succession, on reconnaîtra sans peine que les mêmes motifs militent et avec plus de force encore pour faire étendre ce droit au cas d'absence.

Le législateur a voulu d'une part protéger les familles contre l'intrusion des étrangers qui tenteraient de s'immiscer dans leurs affaires, d'autre part et principalement les garantir contre la cupidité des acheteurs de droits successifs.

Ce double motif existe dans le cas d'envoi en possession provisoire, et l'on remarquera qu'il y a plus d'intérêt encore à écarter le non successible du partage des biens d'un absent, qu'à l'écarter du partage d'une succession. L'absent peut en effet reparaître, et il faut à tout prix ne pas laisser les étrangers pénétrer dans le secret de ses affaires.

Quant à l'argument que l'on voudrait tirer de la possibilité d'actions récursoires qui résulteraient du défaut de qualité de l'héritier ayant exercé le retrait, il nous paraît sans force, puisque cet inconvénient est inévitable dans tous les systèmes. En effet le cessionnaire, s'il n'avait pas été écarté, aurait eu en pareil cas recours contre l'envoyé, son cédant.

Nous croyons donc qu'il faut accorder le droit d'exercer le retrait aux cohéritiers présomptifs. Si l'absent ne reparaît pas ou si l'on acquiert la preuve de sa mort antérieure à la cession, à une époque où le cédant était encore héritier de l'absent tout se sera passé légalement et sera valable. Si l'absent reparaît, s'il est mort après la cession, tout deviendra nul comme vente de la succession d'une personne vivante. Le retrait tombera faute d'objet.

Tout en admettant la possibilité de l'exercice du retrait en matière d'absence, la jurisprudence a tenté de faire prévaloir une restriction que nous ne saurions admettre. Deux arrêts, l'un de la Cour de Grenoble du 3 juin 1846, l'autre de la Cour de Bordeaux du 23 août 1850 ont refusé d'admettre le retrait pendant la période d'envoi en possession provisoire et prétendu en reculer l'exercice jusqu'à l'époque de l'envoi définitif, en alléguant que jusqu'à cette époque la succession de l'absent n'était pas réellement ouverte, et que tout partage antérieur ne saurait être définitif.

Nous avons réfuté à l'avance cette argumentation et démontré que dès la déclaration d'absence, il y avait ouverture de la succession et partage entre les cohéritiers. Opérations provisoires, il est vrai, mais qui n'en justifiaient pas moins l'exercice du retrait. D'ailleurs on ne peut dire même après l'envoi définitif qu'il y ait réellement ouverture de la succession, et que les envoyés soient véritablement des héritiers. De plus l'exercice du retrait, à l'époque où prétend le reculer la jurisprudence, serait dénué de tout motif légitime. Le cessionnaire a été admis à toutes les opérations du partage qui ont eu lieu au moment de l'envoi provisoire; en voulant, à l'époque de l'envoi définitif, lui rembourser le prix de la cession, les cohéritiers ne peuvent alléguer l'intérêt de cacher à un étranger leurs affaires de famille, puisqu'il les connaît; ils ne peuvent avoir pour but que de le dépouiller des bénéfices d'une opération légitimement faite.

Il faut donc opter entre les deux systèmes extrêmes : refuser en tout état de cause l'exercice du retrait, ou

l'admettre dès l'envoi provisoire. La doctrine mixte de la jurisprudence manque à la fois de logique et de base légale.

14. Si les divers intéressés dont nous venons de parcourir la liste négligeaient ou refusaient même de demander l'envoi en possession provisoire, doit-on admettre leurs créanciers à se présenter en leur nom et à faire valoir leurs droits en vertu de l'art. 1166? La question est fort délicate, et ce n'est qu'après de longues hésitations que nous nous sommes décidé à prendre parti.

Posons les bases de la controverse. Pour écarter les créanciers on allègue que le droit des héritiers présomptifs est un droit exclusivement attaché à leur personne.

Mais, répond-on, sur quoi se fonde cette assertion? Qu'est-ce que l'envoi en possession provisoire? Une succession, présumée, il est vrai, incertaine, mais enfin tant que l'absent ne reparaît pas ou ne donne pas de ses nouvelles, c'est une succession; à ce titre les créanciers peuvent demander l'envoi, ils ne font qu'exercer un droit qui fait partie des biens de leur débiteur.

On invoque alors l'art. 125 qui qualifie *de dépôt* le droit des envoyés provisoires.

Mais, réplique-t-on encore, on ne peut prendre cette expression à la lettre. Ce dépôt est d'une nature toute spéciale, la loi elle-même l'affranchit de toutes les règles fondamentales en pareille matière, et l'on est mal venu à vouloir lui appliquer rigoureusement les règles de ce contrat. On ne retrouve ici ni la gratuité, ni la qualité nécessairement mobilière des objets dé-

posés. L'envoyé a l'administration des biens qui lui sont confiés, il n'est comptable envers le propriétaire qu'au cas où celui-ci reviendrait. On ne saurait voir là un véritable dépôt, et l'argument est écarté.

Enfin, dit-on, si l'absent reparaît le droit de l'envoyé n'aura pas été un droit de succession, mais bien un mandat légal; or, aux termes de l'art. 2003 le mandat cesse par la mort du mandataire, il est donc considéré comme un contrat fait en considération de la personne.

L'objection dépasse ici son but. Les héritiers du mandataire ne sont pas admis à continuer l'exécution du mandat, il faudrait donc refuser aux successeurs de l'héritier présomptif le droit à l'envoi provisoire. On ne peut aller jusque là ; dès lors une fois l'héritier admis, rien n'autorise à repousser les autres ayant-cause de l'envoyé.

Nous n'avons fait jusqu'ici qu'exposer, sans les apprécier, les divers arguments que les deux systèmes opposés font valoir, ils ne suffisent pas à nos yeux pour trancher la controverse, et la discussion nous semble devoir porter sur un autre terrain.

Si l'on accorde aux créanciers le droit de demander l'envoi provisoire, il est de toute évidence que chacun d'eux ne saurait avoir l'exercice de ce droit que jusqu'à concurrence du montant de sa créance (article 788). Si ces créanciers sont nombreux, le patrimoine de l'absent va se trouver morcelé, divisé entre leurs mains et si l'absent reparaît, il éprouvera les difficultés les plus grandes pour retrouver les lambeaux épars de sa fortune. Cette conséquence est essentiellement contraire au vœu de la loi, car elle rend impossible l'administra-

tion régulière des biens de l'absent dont elle méconnaît tous les intérêts.

A cette objection capitale on ne peut répondre que par une concession.

Il ne peut être question d'attribuer divisément à chacun des créanciers une part de biens égale au montant de sa créance. L'envoi en possession accordé aux créanciers ne saurait leur conférer aucun droit spécial, aucune cause de préférence sur ces biens. Il ne s'agit pas ici d'aliéner les biens de l'absent que la loi déclare inaliénables ; tout ce que feront les créanciers, c'est de provoquer la nomination d'un curateur qui sera chargé de veiller aux intérêts de l'absent sur la part du cohéritier débiteur. Ce curateur administrera ces biens et rendra compte aux créanciers des fruits par lui perçus, et son administration durera jusqu'à ce que le débiteur soit libéré. Les créanciers donneront caution comme l'eût fait l'héritier présomptif et leurs intérêts aussi bien que ceux de l'absent seront sauvegardés (Demolombe, t. II, n° 78).

Nous ne voulons pas insister sur la situation étrange que va créer cette solution, qu'assurément la loi n'avait pas prévue, ni sur les difficultés qui vont naître pour le fonctionnement de ce syndicat de créanciers, dont le nombre peut s'augmenter chaque jour, puisque à ceux ayant obtenu l'envoi provisoire pourront se joindre tous les créanciers postérieurs de l'héritier présomptif.

Mais nous ferons remarquer que conférer, pendant la période d'envoi provisoire, le patrimoine de l'absent à un administrateur étranger, c'est s'écarter manifestement du but que s'est proposé le législateur. Par

suite le système qui ne peut se soutenir qu'à l'aide de ce tempérament nous semble nécessairement condamné.

Quel est donc le but de la loi? Sans doute, nous l'avons déjà dit, après 5 ou 11 ans d'absence on ne pouvait paralyser plus longtemps l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent; mais son retour reste prévu, probable même, ses biens doivent être gérés au mieux de ses intérêts. A qui va-t-on les confier? A tous ceux qui peuvent avoir l'espérance d'en rester un jour propriétaires, parce qu'eux seuls les administreront en bons pères de famille. D'ailleurs à côté de l'intérêt de l'absent, n'existe-il pas un intérêt plus puissant encore, celui de la société qui exige que ces biens soient confiés à ceux-là seuls qui puissent avoir souci de les entretenir et de les améliorer?

L'administrateur salarié de la première période disparaît dès la déclaration d'absence, la loi l'écarte, et c'est l'héritier présomptif qu'elle appelle. Faire nommer un curateur qui, pendant 30 ans peut-être, administrera au nom des créanciers le patrimoine de l'absent c'est, croyons-nous, violer ouvertement le vœu de la loi.

Nous savons le soin qu'apportent le plus souvent, à la gestion des biens qui leur sont confiés, les administrateurs nommés par justice! D'ailleurs l'intérêt même des créanciers auxquels cet administrateur devra rendre ses comptes ne sera-t-il pas toujours contraire à celui de l'absent? Ils ne peuvent être payés que sur les revenus, il faudra donc faire produire à ces biens la plus grosse somme possible, et s'il se présente à faire une amélioration nécessaire, mais improductive, on peut être assuré à l'avance qu'elle sera négligée.

Est-ce là ce qu'a voulu le législateur? Assurément non.

Nous sommes donc conduit, malgré les inconvénients, les dangers possibles de fraude que notre solution peut faire naître, à refuser aux créanciers l'exercice des droits de l'héritier présomptif et à les écarter de l'envoi en possession provisoire.

Section 2e. — *Suivant quelles formes l'envoi en possession provisoire peut être demandé.*

15. C'est au Tribunal qui a prononcé la déclaration d'absence qu'il appartient d'accorder l'envoi en possession provisoire. Celui qui fait la demande doit établir sa qualité : justifier de sa parenté s'il se qualifie héritier présomptif, produire le testament ou la donation s'il se dit légataire ou donataire. Ce sont là les pièces et documents qui doivent être produits à l'appui de la requête adressée au Tribunal de première instance en vertu des art. 859 et 860 C. proc., sur cette requête le président commet un juge pour faire le rapport, et le jugement est prononcé après conclusions du ministère public.

16. Malgré l'opinion contraire de M. Duranton (t. I, nos 427 et 444) non seulement il ne nous paraît pas nécessaire qu'une nouvelle enquête soit ordonnée avant le jugement d'envoi en possession, mais cette mesure nous semblerait même aller au-delà du vœu de la loi, qui considère l'envoi provisoire comme une conséquence nécessaire de la déclaration d'absence.

Nous admettrons donc, d'accord avec la jurispru-

dence, que les intéressés peuvent poursuivre dans la même instance et la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire (Req. 17 novembre 1808).

L'opinion contraire se fondant sur le texte de l'article 120 a cependant été soutenue (Sic Proudhon.-Sirey note à l'arrêt de 1808).

L'article porte en effet que les héritiers présomptifs pourront, en vertu du *jugement définitif qui aura déclaré l'absence*, se faire envoyer en possession provisoire. La loi prévoit donc la nécessité de deux jugements.

On invoque encore les paroles de Tronchet au Conseil d'Etat qui voulait qu'on séparât absolument la déclaration d'absence et l'envoi en possession : « Cette mesure est très distincte de la déclaration d'absence » (Locré, t. IV, p. 67).

L'intérêt que trouvent les défenseurs de cette opinion est uniquement d'augmenter la durée de la procédure dans l'intérêt de l'absent et de permettre au ministère public d'interjeter successivement appel des deux jugements.

A l'argument de texte de l'article 120 nous opposerons l'art. 121 qui réunit sous la condition d'un même délai, la demande de déclaration d'absence et d'envoi provisoire : l'art. 860, C. pr., qui parle uniquement de l'envoi provisoire et indique la procédure à suivre aussi bien pour obtenir le jugement déclaratif d'absence que celui d'envoi provisoire; enfin l'article 134 qui, confondant les deux jugements, suppose que, dès qu'il y a déclaration d'absence, il y a également des envoyés en possession.

Les paroles de Tronchet s'expliquent par la différence

qui existait entre les dispositions du projet de loi et celles adoptées dans l'article 121, différence que nous avons déjà signalée (Section I, n° 2). La déclaration d'absence devait, qu'il y eût ou non une procuration laissée par l'absent, être prononcée après un délai uniforme de cinq ans. L'existence d'une procuration ne retardait que la demande d'envoi en possession. On pouvait donc dire avec raison, en supposant le cas où il existerait un fondé de pouvoirs, que le jugement d'envoi provisoire était extrêmement distinct du jugement déclaratif d'absence.

Quant aux motifs allégués pour justifier la nécessité de cette double instance, nous ne pouvons admettre que le législateur ait eu recours à de semblables expédients. Si la loi jugeait utile dans l'intérêt de l'absent de retarder l'envoi en possession, il lui était facile d'augmenter les délais de 5 et 11 ans qu'elle-même fixait pour la déclaration d'absence.

Nous avons dit plus haut que, pour nous, l'envoi en possession devenait la conséquence nécessaire de la déclaration d'absence, nous avons refusé aux Tribunaux le droit de procéder à une nouvelle enquête avant de le prononcer, nous ne comprendrions donc pas dans quel but le ministère public interjeterait appel du second jugement. Si l'on a obtenu des preuves de l'existence de l'absent, le jugement déclaratif d'absence est anéanti, mais tant que ce jugement subsiste, rien n'autorise le Tribunal à refuser aux intéressés qui font la preuve de leur qualité l'envoi en possession auquel ils ont droit.

17. Nous avons vu incidemment que c'est au plus tôt, 5 ou 11 ans après la disparition de l'absent, suivant

qu'il aura laissé ou non un mandataire pour l'administration de ses biens, que peut être poursuivie la déclaration d'absence et prononcé l'envoi en possession.

Nous devons ici présenter quelques observations sur la nature, l'étendue et les effets de cette procuration.

L'article 122 ne fixe aucune condition de durée pour faire produire à cette procuration tout son effet; qu'elle soit donnée pour six mois ou pour vingt ans, elle retardera toujours de six ans la déclaration d'absence. Ce retard est fondé, tant sur la présomption du retour probable de l'absent, dont le silence est ainsi justifié, que sur la préférence toute légitime accordée à l'administrateur choisi par l'absent sur celui que la loi devrait désigner.

Quel que soit le sort de la procuration, qu'elle conserve son effet ou qu'elle prenne fin, la déclaration d'absence ne pourra être demandée que six ans après la disparition ou les dernières nouvelles; si le fondé de pouvoirs a cessé ses fonctions avant l'expiration du temps fixé, les juges doivent se borner à prescrire jusqu'à ce moment les mesures de conservation nécessaires.

La procuration doit avoir pour objet l'*administration* des biens de l'absent (article 120). Il n'en faudrait pas conclure qu'une procuration spéciale, qui restreindrait les pouvoirs du mandataire à certains biens de l'absent, ne produirait pas les mêmes effets. Toutes les fois que dans la procuration laissée par l'absent, on pourra reconnaître son intention de sauvegarder ses intérêts, elle sera suffisante pour retarder la déclaration d'absence. Les juges sur ce point seront, du reste, appréciateurs souverains. Malgré l'opinion contraire

de M. de Moly qui trouve suffisante une procuration quelconque, malgré la doctrine de Delvincourt, Zachariæ et de Plasman qui exigent une procuration générale, nous ne croyons pas notre solution susceptible de sérieuse controverse.

18. Nous ne nous arrêterons pas davantage à l'opinion de quelques auteurs (MM. Ducaurroy et Bonnier) qui soutiennent que si l'absent a laissé une procuration, la déclaration d'absence pourrait être prononcée au bout d'un temps double, c'est-à-dire au bout de 10 ans; qu'en conséquence elle pourrait être poursuivie après 9 années depuis la disparition. L'article 121 est formel, il porte que la demande en déclaration d'absence ne peut être formée qu'après 10 années; l'opinion personnelle de quelques auteurs, lors de la discussion au Conseil d'État, nous semble insuffisante pour nous autoriser à violenter ainsi le texte même de la loi. Notre opinion est du reste corroborée par l'interprétation que donnait à cet article M. Leroy (de l'Orne), dans son rapport au tribunat. « La présomption de mort, disait-il, » reprend ses avantages après *onze ans* révolus sans » nouvelles. »

Les articles 120 et suivants exigent que l'absent ait *laissé* une procuration, et les discussions des législateurs nous montrent ce supplément de temps comme une récompense de la prévoyance de l'absent. Nous ne considérerons donc pas l'existence d'un mandat légal, comme celui du tuteur, comme suffisant pour faire retarder la déclaration d'absence d'un mineur ou d'un interdit.

19. Nous observerons enfin que les tribunaux français se reconnaissent incompétents pour déclarer l'ab-

sence d'un étranger non autorisé à établir son domicile en France (Douai, 2 août 1854).

Nous étendrons cette solution même au cas où l'étranger aurait été autorisé à établir son domicile en France. Les motifs invoqués par M. Demolombe pour justifier cette solution, nous semblent péremptoires.

Le titre des absents appartient à l'ordre des statuts personnels, ce point est incontestable; si donc la loi nationale de l'étranger disposait que l'absence ne pourrait être déclarée qu'après une disparition de vingt années, il serait impossible de déclarer en France l'absence de cet étranger après cinq ans seulement. (*Demolombe*, t. II, n° 14 *bis*.)

Section 3e. — *Quels biens peuvent faire l'objet de l'envoi en possession provisoire.*

20. L'envoi provisoire, nous l'avons déjà dit, ne doit s'étendre qu'aux biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Tel est le principe posé par l'article 120 ; ainsi se trouvent nécessairement exclues les successions échues depuis ces époques. La loi a tracé sur ce point des règles dont l'examen ne rentre point dans le cadre de notre étude, nous avons simplement à faire observer qu'il n'appartient pas aux héritiers présomptifs, de réclamer la possession même provisoire de ces successions.

Il n'est pas cependant nécessaire que l'absent ait exercé une appréhension réelle sur les biens dont les

divers ayant droit peuvent demander l'envoi en possession. Il faudra considérer comme appartenant déjà à l'absent au jour de ses dernières nouvelles, le droit qui lui était acquis sous une condition réalisée seulement depuis cette époque (article 1179). Un tel droit était aliénable et transmissible, il faisait partie du patrimoine de l'absent. Les héritiers présomptifs exerceront aussi les actions en réméré ou en rescision appartenant à l'absent ; ils auront pareillement droit à la possession que l'absent avait de la chose d'autrui En un mot, l'article 120 doit s'entendre de tous les droits acquis que l'absent avait lors de sa disparition et qui ont été utilement conservés (Duranton, t. I, n° 446).

21. Quant aux fruits produits par les biens de l'absent, pendant la période de présomption d'absence, ils devront être remis par l'administrateur aux divers envoyés en possession, puisque c'est à eux que ces fruits appartiendront si l'absent ne reparaît pas. Cependant ces fruits leur seront remis non pas à titre de fruits, mais comme un capital productif lui-même d'intérêts, et avec l'obligation de rendre ce capital au cas de retour de l'absent. Cette remarque est importante, car les envoyés en possession acquièrent, ainsi que nous le verrons plus loin, une assez notable portion des fruits produits par les biens dont la possession leur est accordée ; mais ce n'est qu'à partir de la déclaration d'absence qu'ils y ont droit (article 127). Si l'absent avait reparu avant cette déclaration, comme ses biens ont été administrés en son nom et dans son intérêt seul, il reprendrait en entier les fruits produits qui alors formeraient un capital dans

ses mains. C'est précisément ce capital que les envoyés provisoires doivent recevoir quand l'absent n'a pas reparu et que l'absence a été déclarée; c'est seulement sur les intérêts de ce capital qu'ils peuvent prétendre exercer les retenues autorisées par l'article 127.

22. Une difficulté peut s'élever à l'égard des fruits des choses léguées par l'absent à titre particulier, ou de celles dont il était donataire à charge de retour, propriétaire grevé de substitution, ou usufruitier. Ces fruits seront-ils attribués aux héritiers légitimes ou autres successeurs universels? Appartiendront-ils, au contraire, au légataire, au donateur, à l'appelé ou au nu-propriétaire?

Pour soutenir les droits des successeurs universels, on peut alléguer que ces fruits détachés de l'objet qui les avait produits font désormais partie de la masse des biens de l'absent, que par suite ceux qui n'ont droit qu'à un objet spécial et déterminé n'y peuvent prétendre. Cet argument ne serait que spécieux. A l'égard du nu-propriétaire, Delvincourt le réfute en ces termes : « Je pense, dit-il, que le nu-propriétaire peut, au » moment de l'envoi provisoire, réclamer, non seule- » ment la restitution de la chose, mais encore celle » des fruits échus depuis la disparition. A quel titre, » en effet, les héritiers pourraient-ils les retenir? Ils » tirent eux-mêmes leur droit uniquement de la sup- » position que l'absent est mort du jour de sa dispari- » tion. Or, cette supposition doit être générale, elle » ne peut exister pour eux seuls. Si donc l'absent » est censé mort à compter de cette époque, l'usufruit » qui repose sur sa tête doit être présumé éteint à » compter du même moment. »

Il n'y a pas lieu de restreindre cet argument au nu-propriétaire, il s'appliquera avec la même force au donateur ou au légataire. Pour eux aussi existe la supposition que l'absent est mort au jour de sa disparition. Or si l'absent était réellement mort au moment où la loi place fictivement son décès pour le règlement provisoire des droits subordonnés à ce décès, il est certain que les fruits produits par la chose auraient été attribués au propriétaire de la chose même. Personne n'ayant possédé les biens de l'absent pendant la première période, personne n'a pu acquérir les fruits au préjudice du donateur, du légataire ou de l'appelé, ces fruits resteraient réellement sans cause entre les mains des héritiers.

On peut, il est vrai, spécialement en ce qui concerne le légataire, objecter qu'aux termes de l'article 1014, il ne peut prétendre aux fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance, ou du jour où cette délivrance lui a été volontairement consentie. Mais cet article dispose pour l'hypothèse générale du décès et ne peut être appliqué à la situation exceptionnelle qui nous occupe. D'une part l'héritier lui-même n'ayant pas possédé le patrimoine de l'absent n'a pas pu gagner les fruits, le légataire était d'autre part dans l'impossibilité de faire sa demande en délivrance avant l'envoi provisoire. On n'a donc aucun motif de le priver des fruits qui lui appartiennent d'après la volonté du testateur et les principes généraux du droit (Demolombe, t. II, n° 86).

Section 4e. — *Des obligations imposées aux envoyés.*

§ 1. Obligations à l'égard de l'absent.

23. Dans leurs rapports vis-à-vis de l'absent, la loi considère le droit des envoyés en possession provisoire comme un dépôt : « La possession provisoire, » dit l'article 125, ne sera qu'un dépôt qui donnera à » ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de » l'absent et qui les rendra comptables envers lui, en » cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles. » De la rédaction même de cet article, on peut dès à présent conclure, qu'il ne s'agit pas ici d'un *dépôt* véritable, nous reviendrons du reste ultérieurement sur ce point en étudiant la nature et l'étendue des droits conférés aux envoyés provisoires.

Administrateur comptable telle est, aux termes de la loi, qui se corrige elle-même, la qualification plus exacte que nous pouvons dès à présent attribuer à l'envoyé en possession.

24. L'obligation primordiale imposée par la loi à l'envoyé provisoire sera donc de restituer. Cette restitution sera faite :

Soit à l'absent lui-même s'il reparaît ou à son mandataire apportant la preuve de son existence (article 125),

Soit à un administrateur nommé par justice au cas où les nouvelles reçues de l'absent anéantiraient le

jugement déclaratif d'absence et l'envoi en possession (article 131).

Soit enfin à tout autre ayant cause de l'absent au cas où la preuve fournie de son décès modifierait les droits héréditaires des envoyés (article 130).

Le législateur avait à prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts de l'absent et assurer par une énergique protection l'éventualité de cette restitution.

25. La première de ces garanties, est l'obligation de donner caution. Sauf ce que nous dirons ultérieurement à l'occasion de l'époux administrateur légal de la communauté, elle doit être remplie par tout envoyé en possession provisoire. Non seulement l'héritier présomptif, même descendant en ligne directe, mais le légataire, le donataire, tous ceux en un mot qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent y sont soumis (Nîmes, 11 juillet 18-7; Agen 10 avril 1822).

La caution devra précéder l'entrée en jouissance effective des biens de l'absent; elle sera agréée par le tribunal sur les conclusions du ministère public chargé de veiller à ce qu'elle présente toutes les garanties de solvabilité nécessaires. Les dispositions générales des articles 2018 et 2019 C. civ. seront au reste applicables en cette matière.

Il peut arriver que l'envoyé provisoire se trouve dans l'impossibilité de fournir caution. La difficulté que soulève cette situation est délicate, diverses solutions en ont été proposées.

Dans une opinion extrême, on a soutenu que l'envoyé qui ne pourrait fournir caution perdrait le bénéfice du jugement déclaratif d'absence et de l'envoi

provisoire. Le jugement, dit-on, a prononcé l'envoi, à charge de fournir caution, la caution n'est pas fournie le jugement tombe; les choses resteront, quant à l'administration des biens, dans l'état où elles étaient avant la déclaration d'absence (Merlin, t. XVI, article 120, n° 5; de Plasman, t. I, p. 194).

Sans critiquer ici la rigueur excessive de cette solution, nous ferons remarquer que les auteurs ne semblent prévoir que le cas où un seul héritier aurait obtenu l'envoi provisoire. — Mais s'il y a plusieurs héritiers présomptifs, et qu'un seul manque à fournir caution, s'il existe des légataires ou d'autres ayant droit, prétendra-t-on anéantir *erga omnes* le jugement déclaratif d'absence? On n'y peut songer. On aboutira donc à faire des distinctions que la loi ne prévoit pas, l'envoi en possession sera accordé aux uns, refusé aux autres; on tombe dans l'arbitraire. Nous croyons d'ailleurs avoir déjà démontré (Section 1re, n° 14) que dès l'expiration de la période de présomption d'absence, il convenait d'écarter définitivement tout administrateur étranger, le système que nous combattons aboutit donc à un résultat manifestement opposé au vœu de la loi.

On a proposé, dans un autre système pour tempérer ce que la solution précédente présentait de trop rigoureux, d'écarter seulement l'envoyé provisoire de l'administration du patrimoine de l'absent et d'autoriser la perception d'une partie des fruits à son profit. (Dalloz, V° absent, n° 184.) Nous repoussons ce système qui introduit encore après la déclaration d'absence l'administration d'un étranger; mais de plus, quelle sera la part de fruits accordée à l'envoyé, qui la fixera,

sur quelle base légale la déterminera-t-on ? Nous ne sommes pas sorti de l'arbitraire.

Nous ne ferions aucune difficulté pour admettre une troisième solution qui, appliquant en l'espèce, les principes généraux, permet à l'envoyé de remplacer la caution par un gage donné en nantissement ou par une hypothèque sur ses immeubles personnels. La caution des articles 120 et 129 est, en effet, une caution légale, rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que l'on accepte ici l'application de l'article 2041. La loi du 13 janvier 1817 confirme du reste cette opinion. Mais ce tempérament est insuffisant, car selon toute vraisemblance, si l'envoyé eût possédé des biens personnels, il eût trouvé sans doute une caution. D'ailleurs il nous faut trouver une solution pour le cas où l'envoyé dénué de toutes ressources, ne pourrait même pas invoquer le bénéfice de l'article 2041.

On a cru pouvoir appliquer en faveur de l'envoyé, les dispositions prescrites par les articles 602 et 603, c'est-à-dire que les immeubles seront affermés ou mis en sequestre, les meubles vendus et emploi sera fait du prix en provenant (Demolombe, t. II, n° 93).

Nous ne pouvons admettre l'application de ces articles. La restitution que l'envoyé peut être tenu de faire, comprendra non seulement le capital, mais sans doute aussi une part des fruits perçus. La mise en sequestre ne garantirait nullement la restitution des fruits. De plus l'emploi du prix provenant de la vente du mobilier ne peut nullement suppléer à l'obligation de donner caution. Les termes de l'article 126 le prouvent surabondamment.

Nous ne trouvons qu'une seule solution possible à ces

difficultés; elle a été proposée par M. Valette (*Revue prat.* t. I, p. 141-142). Le tribunal dans le jugement d'envoi provisoire, ordonnera d'une part que les revenus, les prix des baux, les intérêts des capitaux, etc., seront déposés à la caisse des consignations pour être remis à qui de droit ; d'autre part que le prix provenant du mobilier dont la vente aura été ordonnée, ainsi que les sommes payées par les débiteurs seront également déposés à la même caisse jusqu'à ce qu'il en soit fait emploi sous la surveillance du ministère public.

L'envoyé provisoire se trouve ainsi constituer en nantissement la part des fruits à laquelle il aura droit sur les revenus des biens de l'absent. Les obligations imposées par les articles 120 et 126, les principes généraux de l'article 2041 sont respectés, et les intérêts de l'absent pleinement sauvegardés. Nous ne méconnaissons pas que cette solution prive momentanément l'envoyé de la jouissance des biens qu'il administre, nous sommes, malgré ses défauts, dans la nécessité de nous y rallier, car elle nous semble être la seule qui concilie à la fois les exigences du texte et de l'esprit de la loi.

26. Les envoyés provisoires devront, aux termes de l'article 126, faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du Procureur de la République ou d'un juge de paix requis à cet effet.

L'absence de cette formalité aurait éventuellement pour résultat de permettre aux personnes intéressées de faire preuve même par commune renommée de la consistance du mobilier non inventorié.

26 *bis*. Le Tribunal, dit l'article 126, ordonnera, s'il y

a lieu, la vente de tout ou partie du mobilier. Donc liberté absolue d'appréciation pour les juges, qui devront autant que possible concilier les intérêts bien entendus de l'absent et ceux des envoyés provisoires, tout en restant guidés par ce principe que la mesure proposée a pour but d'assurer la restitution du capital de l'absent. Aussi devra-t-on généralement ordonner la vente des denrées, des meubles susceptibles de dépérissement ou dont la conservation serait difficile et dispendieuse.

Quant aux meubles non vendus, les envoyés les conserveront et pourront en faire usage ; ils se libèreront, croyons-nous, en les restituant dans l'état où ils se trouveront quand naîtra l'obligation de les rendre, pourvu qu'ils ne soient détériorés ni par leur faute ni par leur dol (anal. art. 589). Si la restitution ne pouvait avoir lieu en nature, l'envoyé devrait une indemnité basée sur l'estimation qui a dû être faite lors de l'inventaire (argument de l'art. 453).

Nous n'appliquerons pas, comme l'enseigne Delvincourt (t. I, p. 274) à la vente du mobilier les formalités prescrites par l'article 452 pour la vente des biens de mineurs. Le silence de l'article 126 prouve que le législateur a entendu laisser au Tribunal toute latitude sur ce point. Les juges estimeront, suivant les circonstances, l'importance et la nature du mobilier, la qualité des envoyés, quelles sont les mesures les plus favorables aux véritables intérêts de l'absent (Demolombe, t. II, n° 96).

27. L'article 126 prescrit qu'il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus. La loi ne détermine ici ni le mode ni l'époque de cet emploi.

Peut-être est-il permis d'appliquer par analogie, les dispositions des articles 1065 et 1066 et de décider que l'envoyé sera tenu de faire emploi dans le délai de six mois, du prix de la vente des meubles, des fruits échus et aussi du numéraire trouvé chez l'absent ; il aura trois mois pour l'emploi des capitaux remboursés pendant la durée d'envoi en possession.

Quant au mode d'emploi, les envoyés restent libres de choisir les placements qui leur sembleront les plus avantageux et les plus sûrs. Ils feront sagement de suivre en cette espèce les prescriptions de l'article 1067. Toute faute, toute négligence de leur part engagerait assurément leur responsabilité, conformément aux règles de droit commun. Nous reconnaissons du reste aux Tribunaux, le pouvoir absolu de prendre sur ces différents points, toutes les mesures qui leur paraîtront propres à sauvegarder les intérêts de l'absent.

En parlant des fruits échus la loi n'a eu certainement en vue que les fruits capitalisés pendant la période de présomption d'absence. L'envoyé a droit sous sa responsabilité de percevoir tous les revenus ; la restitution de la part de fruits que l'absent serait en droit de réclamer à son retour, se trouve au surplus garantie par la caution.

28. Enfin, une dernière mesure conservatoire prévue par le Code, reste facultative pour les envoyés, c'est de faire dresser l'état estimatif des immeubles :

« Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pour-
» ront requérir pour leur sûreté, qu'il soit procédé,
» par un expert nommé par le Tribunal, à la visite
» des immeubles. Son rapport sera homologué en

» présence du Procureur de la République, les frais en » seront pris sur les biens de l'absent. » (Article 126 *in fine*). Faute par les envoyés de remplir cette formalité, ils seront censés avoir reçu les immeubles en bon état, et par suite tenus, conformément aux principes des art. 1730 et 1731 C. civ., de les rendre tels. (Duranton, t. I, n° 474. Demolombe, t. II, n° 98). Ajoutons toutefois que les envoyés ne doivent, à défaut d'expertise, être réputés avoir reçu les immeubles en bon état que sauf la preuve contraire, qu'il est juste d'admettre en leur faveur.

Les frais du rapport d'expert restent à la charge de l'absent (article 126), la loi est muette sur les frais des autres mesures conservatoires. Malgré l'opinion contraire de Merlin (Rép. t. XVI, p. 26) sanctionné par un arrêt de Colmar du 4 mai 1815, qui fait supporter tous autres frais par l'envoyé, malgré la solution donnée par M. de Plasman (t. I, p. 215) qui partage les frais entre l'envoyé et l'absent, nous croyons logique de mettre tous les frais à la charge de l'absent. Si la loi lui fait supporter les frais de l'expertise, uniquement prescrite en faveur de l'envoyé, il nous semble logique de mettre à sa charge les frais d'inventaire, de vente du mobilier, et de toutes autres mesures conservatoires principalement destinées à sauvegarder les intérêts de l'absent. La solution contraire semblerait d'ailleurs souverainement inique, si l'on suppose le retour de l'absent, avant que l'envoyé n'ait recueilli aucune part des fruits.

§ 2. Obligations des envoyés en possession provisoire les uns envers les autres.

29. Dans leurs rapports avec l'absent, nous avons qualifié les envoyés provisoires d'administrateurs comptables. Envisagé dans les rapports qu'ils peuvent avoir entre eux, le caractère de leur droit est entièrement modifié, la loi les qualifie elle-même d'héritiers. C'est dans les principes qui régissent les successions qu'on devra puiser les règles applicables à notre matière.

Les envoyés pourront donc respectivement invoquer le principe doctrinal de l'article 815 pour sortir d'indivision, et exiger le partage du patrimoine de l'absent.

30. Si le partage doit rester purement provisionnel, la question ne paraît pas soulever de sérieuses difficultés. On pourrait être tenté d'objecter les dispositions qui prohibent dans notre droit, toute convention sur une succession future, mais l'argument resterait sans valeur. S'il est vrai que la succession ne soit pas réellement ouverte, la déclaration d'absence n'en a pas moins pour effet de créer une situation qui ne diffère de l'ouverture de la succession que par son caractère provisoire. Les motifs d'ailleurs qui ont inspiré les articles 792, 1130, 1600 ne se retrouvent pas ici. Le traité porte sur des objets certains, appréciables, et l'on n'a pas à craindre que l'héritier ne sacrifie l'avenir au présent; la protection de la loi lui est inutile. Enfin, les conventions qui interviendront entre les envoyés provisoires ne présenteront aucun caractère

d'immoralité, on ne peut craindre ici le *votum mortis*.

31. En est-il de même s'il s'agit d'un partage définitif? Les termes de l'article 129 permettent de soutenir que les envoyés ne sont fondés à demander le partage qu'après l'envoi définitif.

Cependant les articles 120 et 123 autorisent très nettement les divers ayant-droit à exercer, lors de l'envoi provisoire tous les droits qui leur appartiendraient au décès de l'absent; n'oublions pas en outre que le vœu de la loi est de créer dès maintenant un état de choses qui deviendra incommutable, définitif si l'absent ne reparaît pas. Ne peut-on pas au surplus soutenir que la disposition finale de l'art. 129 a eu probablement en vue le cas où l'envoi définitif est prononcé *de plano* et avant tout envoi provisoire?

Nous admettrons donc les divers envoyés à provoquer un partage définitif et à faire entre eux tous traités, toutes transactions nécessaires pour y parvenir. (Demolombe, t. II, n° 130).

Remarquons cependant que s'il existait des cohéritiers mineurs ou interdits, et qu'il y eût lieu à licitation, les étrangers ne pourraient y être appelés, puisque les immeubles de l'absent sont inaliénables; dès lors le partage ne pourrait être que provisionnel (art. 840).

32. Pour opérer équitablement ce partage, les cohéritiers peuvent se contraindre réciproquement au rapport des dons et legs à eux faits par l'absent sans clause de préciput. Cette obligation que l'article 843 impose à tout héritier nous semble devoir être étendue aux envoyés provisoires, par ce motif déjà donné,

qu'entre ces divers envoyés, tout doit se passer comme si la succession était réellement ouverte.

Notre solution cependant est fortement combattue, et nous devons examiner les éléments de la controverse.

Aux termes de l'article 120, les héritiers présomptifs peuvent se faire envoyer en possession, mais seulement des biens qui *appartenaient à l'absent au jour de son départ, ou de ses dernières nouvelles*. D'après l'article 123 c'est seulement *sur les biens de l'absent* que la loi ouvre provisoirement l'exercice des droits subordonnés à la condition du décès. Enfin le titre même de notre section porte : des effets de l'absence relativement *aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition*.

N'est-on pas fondé à dire que le bien donné par l'absent ne lui appartient plus (article 894), qu'il ne fait plus partie de son patrimoine, que dès lors il ne saurait être compris dans l'envoi provisoire.

A cet argument tiré des textes, on ajoute encore un argument tiré du principe que l'envoi provisoire n'a en définitive pour objet que de pourvoir à l'administration des biens *abandonnés*, par un moyen qui concilie à la fois l'intérêt de l'absent avec l'intérêt de ceux qui ont sur ces biens des droits éventuels. Les choses données par l'absent n'exigent en aucune manière l'emploi de cette mesure, puisque possédées par le donataire, elles seront administrées au mieux des intérêts de l'absent.

Enfin sur quoi repose la prétention des envoyés qui veulent obliger les autres à rapporter ? Ils se disent les représentants de l'absent ; mais ils ne peuvent alors

avoir plus de droits que lui ; l'absent n'aurait pu exiger le rapport ; donc eux-mêmes ne le peuvent pas.

La valeur des arguments que nous venons de présenter, ne nous paraît pas suffisante, malgré toute leur gravité, pour nous faire accepter l'injustice de ce système et les contradictions qu'il comporte.

Sans doute d'après les textes, l'envoi provisoire ne doit comprendre que les biens appartenant à l'absent au jour de sa disparition. Mais l'envoi définitif ne fait que consolider un état de fait antérieur. A quels biens s'applique-t-il? Aux biens que les envoyés détiennent déjà à titre provisoire. La loi suppose donc que depuis cette époque les héritiers ont entre leurs mains la part intégrale du patrimoine de l'absent à laquelle ils auraient pu prétendre si la succession se fût ouverte par décès.

L'envoi provisoire est, nous le répétons, entre les envoyés en possession, une succession anticipée, qui ne peut être soumise à d'autres règles que celles de la succession véritable. Or, en supposant la succession réellement ouverte, l'héritier donataire ne pourrait échapper à l'obligation du rapport. Comment pourrait-il obtenir à titre d'envoyé ce qu'il n'obtiendrait pas à titre d'héritier. Les textes que l'on invoque ne nous semblent donc pas suffisamment péremptoires pour nous faire méconnaître les principes que nous impose l'esprit bien manifeste de la loi. L'équité, cette raison souveraine de décider lorsque la loi n'est pas suffisamment explicite, nous fournit d'ailleurs un motif des plus graves pour faire repousser la doctrine que nous combattons.

Supposons, par exemple, qu'un père ait deux enfants ; à l'un d'eux il a donné en avancement d'hoirie la moitié de ses biens, puis il vient à disparaître. L'envoi provisoire ne devrait plus avoir pour objet que la moitié de la fortune dont le père n'a pas disposé, en sorte que l'un des enfants aurait les trois quarts du patrimoine dont il jouirait jusqu'à l'envoi définitif, tandis que l'autre n'en aurait que le quart. Ce résultat est inique, il est contraire au principe de l'égalité des partages, il est la condamnation même du système qui le consacre.

Quel titre, d'ailleurs, invoquent les ayant-droit pour obtenir l'envoi en possession ? Leur qualité d'héritiers présomptifs ? Quelle présomption invoquent-ils ? La présomption de mort de l'absent. L'on ne concevrait pas l'héritier invoquant cette présomption pour obtenir l'envoi provisoire, et la repoussant d'autre part pour se soustraire aux obligations qui en découlent.

Un dernier argument enfin, pour achever de rendre inattaquable notre doctrine. Supposons que le testament de l'absent attribue un legs sans clause de préciput à l'un des héritiers présomptifs, cet héritier aura-t-il droit à l'objet légué en sus de sa part héréditaire ? On ne saurait le soutenir ; exerçant uniquement ses droits d'héritier présomptif, il ne peut obtenir à titre d'envoyé ce qu'il n'obtiendrait pas à titre d'héritier. La négative s'impose nécessairement; et la preuve de la nécessité du rapport est faite. Car si le cohéritier ne profite pas, comme envoyé, des legs faits sans clause de préciput, logiquement on doit en conclure qu'il doit également le rapport des donations entre vifs (Demolombe, t. II, n° 132).

Quant à l'argument que l'on prétend tirer de ce que l'envoyé, mandataire légal de l'absent, ne peut exercer un droit qui n'appartiendrait pas à l'absent, il est basé sur un point de départ erroné, et nous l'avons déjà réfuté. C'est uniquement dans ses rapports avec l'absent que l'envoyé peut être considéré comme un mandataire, un administrateur comptable, vis-à-vis des autres envoyés, c'est un véritable héritier, c'est cette seule qualité qu'il invoque, c'est à ce seul titre qu'il agit, et le droit d'exiger le rapport de ses cohéritiers, lui appartient personnellement.

§ 3. Obligations des envoyés provisoires envers les tiers.

33. Dans leurs rapports avec les tiers les envoyés provisoires ont un caractère qu'il n'est pas facile de déterminer. Si l'absent reparaît, il est certain que les envoyés auront été, même à l'égard des tiers, de simples mandataires, des administrateurs. Si, au contraire, on n'a pas de nouvelles de l'absent, les envoyés auront été, vis-à-vis des tiers, de véritables propriétaires à dater du jour de l'envoi. Mais quelle est, en attendant la réalisation de l'une ou de l'autre de ces alternatives, la position des envoyés? La loi ne pose aucun principe catégoriqne sur ce point. Il semble difficile de caractériser d'une façon précise leur rôle et leur situation. Le mieux est donc de passer en revue les différentes hypothèses qui peuvent alors se présenter et d'en chercher les solutions les plus satisfaisantes.

34. Dans les six mois de l'envoi en possession, les

envoyés sont tenus de faire la déclaration à laquelle ils auraient été soumis s'ils avaient été appelés à recueillir, par suite de décès, l'hérédité de l'absent, et d'acquitter les droits de mutation sur la valeur entière des biens qu'ils possèdent. Sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII, article 24, il y avait doute sur le point de savoir si l'envoi provisoire devait donner lieu à la perception des droits de mutation. Malgré une décision ministérielle du 24 fructidor an XIII, réglant les restitutions auxquelles pourrait prétendre l'envoyé au cas de retour de l'absent, la controverse subsistait. La Cour de cassation, qui avait d'abord admis comme fondée la perception des droits en cas d'envoi provisoire (Cass. 27 février 1807), revenait ensuite sur cette doctrine et admettait que l'envoyé n'était pas tenu de payer les droits de mutation tant que l'envoi n'était pas définitif (Réq. 14 février 1811). La loi du 28 avril 1816 a fait cesser tout doute sur ce point, l'article 40 porte : « Les héritiers, légataires, et tous autres appelés à » exercer des droits subordonnés au décès d'un indi- » vidu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire » dans les six mois du jour de l'envoi en possession » la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient » appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les » droits sur la valeur entière des biens et droits qu'ils » recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits » payés seront restitués, sous la seule déduction de » celui auquel aura donné lieu la jouissance des héri- » tiers. » On a critiqué cette disposition de la loi. Puisque l'on reconnaît, dit-on, que l'envoyé au cas de retour de l'absent n'a pas été héritier pour la propriété, il fallait admettre qu'il ne l'a pas été davantage pour

la jouissance ; qu'il a été simplement mandataire et comme tel passible seulement d'un droit fixe ; la restitution devrait donc être intégrale sous déduction du droit fixe. Nous n'acceptons pas ces critiques. Sans doute au retour de l'absent on considérera l'envoyé comme n'ayant été qu'un mandataire. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est en sa qualité d'héritier qu'il a pu obtenir l'envoi en possession et l'administration des biens de l'absent et par suite gagner une part des fruits.

35. L'État ne sera pas le seul créancier qui puisse faire valoir ses droits ; les créanciers de l'absent se présenteront et pourront, en vertu de l'article 134, agir contre les envoyés provisoires. Représentants de l'absent les envoyés, avons-nous dit, seront considérés comme héritiers. Par suite les dettes se diviseront entre eux comme s'il s'agissait d'une succession véritable. La loi appelle chacun des successeurs pour sa part héréditaire, et comme chacun ne recueille que les droits afférents à cette part, il est juste qu'il ne supporte que les charges qu'elle comporte (article 870). Il y aura entre eux division de plein droit des dettes héréditaires (article 1220) ; on arrive ainsi, conformément au vœu de la loi, à établir un état de choses susceptible de devenir définitif. Les titres exécutoires contre l'absent le deviendront contre les envoyés dans les limites de l'article 887, c'est-à-dire huit jours après la signification qui aura dû leur en être faite.

36. Poussera-t-on jusqu'à l'extrême l'assimilation de l'envoyé avec un héritier véritable, et devra-t-on le déclarer tenu même *ultra vires* au paiement des dettes de l'absent? Nous n'irons pas si loin. Sans parler des

motifs d'équité qui doivent faire repousser cette mesure, l'intérêt même de l'absent s'y oppose. Si l'envoi provisoire devait avoir pour effet de faire passer les obligations de l'absent à ses héritiers présomptifs au delà des forces de l'hérédité dont ils n'auront que la possession provisoire, il est douteux qu'aucun d'eux consentît à jamais prendre à sa charge une administration qui ferait peser sur lui une responsabilité aussi périlleuse.

Les mesures conservatoires qui accompagnent l'envoi provisoire, l'expertise des immeubles, la vente des objets mobiliers susceptibles de dépérir, l'obligation d'administrer et de rendre compte, l'impossibilité d'aliéner sans autorisation de justice, l'obligation de fournir caution ne rendent-elles pas très sensible l'analogie qui existe entre la situation de l'envoyé et celle de l'héritier bénéficiaire? L'inventaire imposé par la loi semble également avoir pour objet de déterminer jusqu'à concurrence de quelle valeur l'envoyé peut être tenu.

La déclaration au greffe imposée à l'héritier bénéficiaire par l'article 793 ne sera pas ici nécessaire, puisque c'est la loi qui détermine elle-même l'étendue des obligations de l'envoyé. Les tiers ont été d'ailleurs suffisamment avertis par la publicité de la procédure de déclaration d'absence, ils pourront donc, lors de l'envoi provisoire, venir surveiller leurs intérêts (Valette sur Proudhon, p. 291).

37. Les envoyés ne sont donc pas tenus *ultra vires*, nous ajouterons que les créanciers ne pourront poursuivre l'exercice de leurs droits que sur les biens de l'absent et nullement sur les biens personnels de l'héri-

tier. Proudhon, qui combat cette solution, fait à l'envoyé une situation mixte, et prétend l'assimiler à la femme commune en biens qui, acceptant la communauté, ne peut cependant être tenue au-delà de son émolument (article 1483) : « L'envoyé, dit-il, est héritier par » provision, il est donc personnellement obligé, puis- » qu'il représente l'absent sous un titre universel. » Nous repoussons toute analogie de situation avec la femme commune, et les conséquences que l'on en prétend déduire. La première peut faire inventaire avant de prendre parti, ce n'est qu'en parfaite connaissance de cause qu'elle consentira à être tenue sur ses biens personnels jusqu'à concurrence de sa part dans la communauté. L'envoyé, au contraire, n'a pu faire inventaire qu'après l'envoi en possession. De plus, la femme commune, étant l'associée du mari et profitant des gains de la communauté, se trouve déjà très favorablement traitée en n'étant pas tenue *in infinitum* sur ses propres biens (Valette sur Proudhon, p. 293).

Nous admettons, dans une certaine limite, que l'envoyé soit considéré comme représentant, comme héritier de l'absent, mais ce ne peut être, nous venons de l'établir, que comme un héritier bénéficiaire qui n'est pas tenu sur ses biens personnels.

38. Nous n'irons pas toutefois dans cette assimilation jusqu'à permettre à l'envoyé d'abandonner aux créanciers les biens de l'absent et de se décharger ainsi du paiement des dettes.

Après la déclaration d'absence, tout administrateur étranger doit disparaître, le défenseur naturel des intérêts de l'absent, c'est l'héritier présomptif. En aban-

donnant ainsi aux créanciers le patrimoine de l'absent, l'envoyé déserterait le poste auquel la loi l'a appelé ; il a du reste sollicité l'envoi provisoire, il ne peut se refuser à supporter les soins de l'administration qui lui a été confiée.

39. Nous n'avons jusqu'à présent parlé que des droits des créanciers de l'absent vis-à-vis des envoyés, quand ceux-ci ont obtenu l'envoi à titre d'héritiers présomptifs. On peut supposer que l'envoyé est un donateur avec clause de retour, un appelé à une substitution, un nu-propriétaire; quelle sera la situation des créanciers de l'absent à leur égard ? La présomption de mort qui aura été invoquée pour obtenir l'envoi en possession, peut-elle être opposée aux tiers qui prétendent exercer leurs droits sur le patrimoine de l'absent? La question présente les plus graves difficultés. Nous nous trouvons, quant à nous, conduit à admettre que les créanciers chirographaires de l'absent pourront faire saisir et vendre entre les mains du donateur, de l'appelé, du nu-propriétaire envoyés en possession, les biens donnés à l'absent avec clause de retour, ceux qui étaient grevés de substitution ou ceux dont il était usufruitier. Les créanciers nous paraissent fondés à poursuivre leur paiement sur tout ce qui procure à leur débiteur un émolument, une jouissance, un revenu quelconque. Si l'absent vivait, leur droit serait incontestable; or la preuve de sa mort n'a pas été faite, l'incertitude de la vie et de la mort subsiste malgré la déclaration d'absence, car la présomption de mort n'est qu'une fiction de la loi pour permettre aux intéressés d'exercer leurs droits subordonnés au décès, mais elle ne peut avoir pour effet de leur faire

acquérir de leur propre chef aucun droit contre des tiers (Duranton, t. I, n° 495).

Dira-t-on avec M. Demolombe (t. II, n° 143) que les créanciers chirographaires ont accepté d'avance toutes les éventualités qui pourraient diminuer, diviser, affecter enfin d'une manière quelconque le patrimoine de leur débiteur? Nous ne le nierons point ; mais cette éventualité à laquelle ils s'étaient soumis et qui, en l'espèce, eût été la mort de l'absent, quelle preuve apporte-t-on qu'elle se soit réalisée ? On ajoute, il est vrai, que l'envoi provisoire opère la division des dettes comme l'ouverture même de la succession, qu'au cas d'une succession véritable les ayant-cause à titre particulier ne sont point tenus des dettes envers les créanciers (art. 874 et 1020) ; que, dès lors, il en doit être de même des envoyés à titre particulier. L'objection passe à côté de la question. Elle ne dénie pas aux créanciers chirographaires le droit de se faire payer sur les biens de l'absent, elle écarte seulement leur action et la reporte, en la divisant, sur les envoyés à titre universel. Mais s'il n'existe pas d'autres biens entre les mains de ceux-ci, ou si tous ceux qui s'y trouvaient ont été absorbés par les dettes, il faudra bien que les créanciers puissent se faire payer sur ceux qui devaient échoir aux ayant-droit à titre particulier.

40. D'ailleurs s'il s'agissait non plus de créanciers chirographaires, mais d'un créancier ayant obtenu de l'absent une servitude ou une hypothèque sur un bien grevé de substitution ou affecté d'une clause de retour en cas de prédécès, M. Demolombe est obligé de convenir que l'hypothèque et la servitude ne sauraient être

résolues. Et quel motif en donne-t-il ? C'est que l'*envoi provisoire n'ouvre aucun droit aux envoyés contre les tiers*, et que dans le doute on ne peut préférer *la prétention incertaine de l'envoyé au droit certain du créancier*. Il admet en conséquence le créancier à faire vendre l'immeuble, sous réserve, bien entendu, que dans le cas où l'on n'aurait aucune nouvelle de l'absent le droit de l'adjudicataire serait résolu (Demolombe, t. II, n° 142).

Si cette solution est bonne, pourquoi ne pas l'étendre aux créanciers chirographaires ? La prétention de l'envoyé n'est-elle pas aussi incertaine, le droit du créancier aussi certain ? Son droit ne porte pas, il est vrai, sur un immeuble déterminé, mais il porte sur tout le patrimoine ; et il est toujours vrai de dire que l'envoi provisoire n'ouvre aucun droit aux envoyés contre les tiers.

Il est vrai que pour éviter cette contradiction, on a été jusqu'à permettre au nu-propriétaire, au donateur, à l'appelé de repousser l'action des créanciers hypothécaires, de méconnaître les droits réels consentis par l'absent qui ne devaient être résolus que par la preuve de son prédécès. Cette solution nous semble contraire au véritable système de la loi, qui ne crée qu'un état de doute et d'incertitude plus ou moins grave selon la durée de l'absence, mais qui n'a recours à la fiction de la mort que pour déterminer le choix des personnes auxquelles sera confiée l'administration du patrimoine de l'absent. On ferait ainsi *de plano* de l'envoi provisoire un véritable envoi définitif.

Nous retrouverons du reste la même discussion de principe quand nous aborderons l'étude des droits des

envoyés provisoires contre les tiers, à propos de la réduction des libéralités faites par l'absent.

Section 5e. — *Des droits des envoyés en possession provisoire.*

Nous sommes maintenant conduit à rechercher les droits que peuvent avoir les envoyés provisoires, et les modifications que subissent leur nature et leur étendue suivant les personnes à l'encontre desquelles ils prétendent les exercer.

§ 1. Droits des envoyés vis-à-vis de l'absent.

41. Nous avons déjà vu que la qualification de dépôt donnée par l'article 125 à l'envoi provisoire ne pouvait lui convenir d'une manière absolue. Lorsque l'on remarque que le dépôt est de sa nature un acte purement gratuit et que cependant la loi accorde à l'envoyé, à titre de salaire, une part considérable des fruits, que le contrat de dépôt ne s'applique qu'aux objets mobiliers, que cependant l'envoi provisoire comprend à la fois les meubles et les immeubles de l'absent, enfin que le dépositaire doit garder et rendre la chose même qu'il a reçue, tandis que l'envoyé administre et doit quelquefois aliéner, on se rend compte que la pensée du législateur a été moins de définir rigoureusement la possession de l'héritier présomptif que de faire cesser un doute qui existait sous l'ancienne jurisprudence. On était, en effet, incertain sur le point de savoir si, même

vis-à-vis de l'absent, l'envoyé était propriétaire, cette incertitude ne peut plus exister aujourd'hui en présence de la disposition de la loi qui le déclare dépositaire.

En considérant l'envoi provisoire dans sa nature intime, on reconnaîtra qu'il implique à la fois l'idée de mandat et celle de dépôt. La possession provisoire a, en effet, la plus grande affinité avec la gestion d'affaires. Seulement à la différence du gérant qui s'immisce de lui-même dans l'administration des biens, l'envoyé a besoin du concours de la justice, ce qui a permis de le qualifier de mandataire judiciaire (Duranton, t. I, n° 487). Il faut toutefois prendre garde que l'idée absolue de mandat ne serait pas plus exacte que l'idée absolue de dépôt.

S'il était nécessaire de donner une définition de l'envoi provisoire, nous pensons que l'on pourrait qualifier l'envoyé d'administrateur comptable salarié.

42. De ce que l'envoi provisoire participe à la nature du mandat, on peut en déduire cette conséquence que les règles relatives à ce contrat seront applicables à l'envoyé provisoire en ce qui concerne l'appréciation des fautes. La responsabilité même devrait être plus rigoureuse puisqu'il s'agit d'un mandat salarié (article 1992 C. civ.). Il suit de là que sa responsabilité doit être engagée non seulement quand il agit de mauvaise foi, mais aussi quand il n'apporte pas à son administration les soins qu'elle comporte. Ainsi serait-il à notre avis responsable s'il négligeait d'employer les deniers qu'il détient au paiement d'une dette productive d'intérêts. S'il s'agissait de placements faits par l'envoyé, il conviendrait de distinguer. Si le pla-

cement a été fait en son nom il en resterait responsable, même n'y eût-il pas faute de sa part, on devrait le considérer alors comme ayant emprunté à son profit les deniers de l'absent. Si le placement avait été fait au nom de l'absent, en sa qualité d'envoyé, sa négligence seule engagerait sa responsabilité (Demolombe, t. II, n° 109).

Du reste à cet égard, c'est particulièrement à la sagesse des tribunaux qu'il faut s'en remettre, on ne saurait leur tracer des règles bien précises ; ils devront prendre en considération les circonstances diverses de la cause (Aubry et Rau, t. I, p. 540).

De ce que la loi qualifiait de dépôt l'envoi provisoire, on en avait conclu que l'article 1945 C. civ. refusant au dépositaire infidèle, contraignable par corps, le bénéfice de la cession de biens, devait être applicable à l'envoyé. Du reste, eût-on même contesté en l'espèce l'application de cet article que le résultat eût été identique en vertu des dispositions de l'article 905 C. proc. qui traitait avec la même rigueur les comptables et les administrateurs. Depuis la loi du 22 juillet 1867 la question reste sans application pratique.

43. Les envoyés peuvent et doivent faire seuls tous les actes d'administration.

L'entretien des biens, les réparations devenues nécessaires, la réception des capitaux, le recouvrement des créances, la poursuite des débiteurs, l'interruption des prescriptions, le paiement des dettes à leur échéance, tels seront les principaux actes d'administration qui incomberont à l'envoyé.

Si l'envoyé était créancier de l'absent il aurait le droit de se payer, il en aurait même le devoir si la

dette était onéreuse pour l'absent. Pour vérifier la créance, en constater le paiement et prévenir toute contestation ultérieure, il y aurait lieu, pensons-nous en l'espèce, à la nomination d'un curateur contre lequel la demande serait dirigée. Cette procédure est prescrite pour l'exercice des actions que l'héritier bénéficiaire pourrait avoir contre la succession (art. 996 C. proc.). Nous trouvons les mêmes motifs pour en faire ici l'application. La jurisprudence s'est toujours prononcée en ce sens (Cass. 6 décembre 1836).

On peut citer encore parmi les actes d'administration de l'envoyé sur lesquels aucune difficulté ne s'élève, la défense aux actions dirigées contre l'absent (art. 134 C. civ.), l'exercice de l'action en partage (art. 817 C. civ.), enfin le placement des capitaux échus.

44. Les envoyés peuvent donner à bail tous les biens, maisons ou fermes dépendant du patrimoine de l'absent. Nous appliquerons ici les dispositions des articles 595, 1429, 1430 et 1718 C. civ. aux termes desquels les administrateurs des biens d'autrui sont autorisés à passer des baux d'une durée n'excédant pas neuf années et à les renouveler deux ou trois ans avant leur expiration suivant qu'il s'agit de maisons ou de biens ruraux. Si le bail a été fait pour plus de neuf années, son effet durera naturellement tant que subsistera l'administration de l'envoyé, mais il ne pourra être opposé à l'absent de retour que pour la période de neuf années alors en cours. Nous avons qualifié l'envoyé provisoire d'administrateur, nous croyons donc logique de lui appliquer les dispositions générales prescrites par la loi pour les diffé-

rents cas d'administration qu'elle a réglés (Duranton, t. I, n° 490).

Une autre opinion a été soutenue dans laquelle on prétendait appliquer ici l'article 1673 C. civ. qui, prévoyant le cas d'un bail consenti par l'acheteur à réméré, impose au vendeur l'obligation de l'exécuter sans limitation de durée (Zachariæ, t. I, p. 304). Aucune analogie ne peut exister ; l'acheteur à réméré est véritablement propriétaire sous la condition résolutoire du rachat, il peut hypothéquer, aliéner, sans dépasser ses pouvoirs, c'est sa propre chose qu'il donne à bail tandis que l'envoyé provisoire administre la chose d'autrui.

Quelques auteurs accordent aux tribunaux le pouvoir d'apprécier les circonstances dans lesquelles le bail a été fait et de le maintenir quelle que soit sa durée (Demolombe, t. II, n° 105). Ce tempérament ne semblerait pas présenter de grands dangers, toutefois il convient de ne pas perdre de vue que l'envoyé sera toujours tenté d'augmenter le plus possible les revenus du patrimoine qu'il administre, et pourra, dans le but d'obtenir un loyer plus élevé, consentir un bail d'une durée excessive. Le meilleur juge en cette matière des véritables intérêts de l'absent, c'est l'absent lui-même.

45. Nous venons de parcourir les différents actes que les envoyés provisoires peuvent faire en leur qualité d'administrateurs; faits en cette qualité et dans la limite des pouvoirs qu'elle comporte, ils devront être respectés même par l'absent de retour, ils sont valables *erga omnes*. Mais les actes qui dépassent les limites, comme les aliénations, les constitutions d'hy-

pothèques sont bien valables entre les parties dont elles émanent, mais demeurent nuls à l'égard de l'absent. L'absent revient-il ou reçoit-on de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitif, les envoyés n'ont été qu'administrateurs de biens d'autrui, et tous actes de disposition, à l'exception de ceux autorisés par le tribunal, sont anéantis. Arrive-t-on, au contraire, sans recevoir de nouvelles jusqu'à l'envoi définitif, tous les actes faits par les envoyés demeurent valables et réguliers.

L'article 128 prohibe en termes formels à l'envoyé d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de l'absent. Il est cependant incontestable que l'envoyé comme toute personne étrangère pourra se présenter en qualité de gérant d'affaires de l'absent ou se porter fort pour lui en promettant sa ratification. Si l'absent reparaît et si l'affaire a été bien gérée, ou s'il consent à ratifier, l'acte aura été valable dès l'origine. Cette faculté s'exercera rarement, car les tiers acceptent difficilement de traiter dans de telles conditions d'incertitude.

L'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer, absolue en ce qu'elle concerne l'envoyé provisoire agissant seul, n'empêcherait pas les tribunaux en certaines circonstances où les intérêts de l'absent l'exigeraient évidemment, d'autoriser ces mesures de disposition.

Des termes de l'article 2126 il semble en effet résulter que les envoyés provisoires peuvent, en vertu d'un jugement, conférer une hypothèque conventionnelle sur les biens de l'absent. Il n'est pas à présumer que cet article ait voulu viser les hypothèques judiciaires, car cette disposition resterait en ce cas inutile,

puisque déjà aux termes de l'article 2123 l'hypothèque judiciaire doit porter sur les immeubles de l'absent au même titre que sur ceux de toute autre personne frappée d'une condamnation. On peut ajouter que l'article 2126 est placé sous la rubrique des hypothèques conventionnelles; d'où il suit que le jugement auquel il est fait allusion est un jugement qui confère aux envoyés provisoires la faculté de constituer par convention une hypothèque sur les immeubles de l'absent (Demolombe, t. II, n° 111)

Cependant si la faculté de conférer en vertu de jugement une hypothèque même conventionnelle est généralement admise, du moins, a-t-on contesté que cette solution fût fondée sur l'article 2126 : « On pour-
» rait objecter, dit M. Valette, que c'est là argumen-
» ter trop subtilement de la place qu'occupe l'ar-
» ticle 2126 ; on pourrait soutenir que dans cet article
» le législateur n'a voulu que renvoyer aux dispositions
» générales sur l'hypothèque judiciaire, et nullement
» trancher une question controversable en matière
» d'absence. »

Quoi qu'il en soit on peut, même en faisant abstraction de l'art. 2126, reconnaître au juge le droit d'autoriser les envoyés à hypothéquer les biens de l'absent. En effet pendant la période de présomption d'absence le Tribunal peut ordonner toutes les mesures que la nécessité commande dans l'intérêt du présumé absent. Or, si le Tribunal a des pouvoirs pareils dès la première époque de disparition, à plus forte raison les conserve-t-il quand la présomption de mort a acquis beaucoup plus de force.

S'agit-il donc d'un emprunt à faire dans l'intérêt de

l'absent et nécessaire à la conservation de ses biens, le Tribunal pourra autoriser la constitution d'une hypothèque sur tel ou tel immeuble. Les propriétés de l'absent sont-elles dégradées, le Tribunal peut en autoriser la réparation et le privilège des entrepreneurs pourra s'acquérir par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2103, § 2, du Code civil.

La loi qui consacre expressément le droit d'hypothéquer en cas de nécessité absolue ou d'avantage évident, soit les biens des mineurs (article 457, C. civ.), soit la dot de la femme (art. 1554, 1558, C. civ.) n'a pu se montrer plus sévère en ce qui concerne les biens de l'absent.

Par une conséquence toute naturelle, les Tribunaux auront le droit d'autoriser l'aliénation des immeubles de l'absent, s'ils en reconnaissent la nécessité (argument art. 2124, C. civ.). Le Tribunal, en autorisant la vente, en déterminera d'ailleurs les conditions, et l'aliénation devra être entourée de toutes les garanties prescrites pour la vente des biens de mineurs ou des successions bénéficiaires (Aubry et Rau, t. I, p. 543; Demante, *Cours analyt.*, t. I, n° 167 *bis*).

46. L'article 128 ne parle que des immeubles. Faut-il en conclure que la loi reconnaît à l'envoyé le droit d'aliéner les meubles de l'absent? La question est vivement controversée.

Supposons d'abord qu'il s'agisse de meubles corporels. Il est certain que la vente de ces meubles faite par l'envoyé sera presque toujours inattaquable à l'égard des tiers par application du principe doctrinal de l'article 2279, C. civ.

Ce que l'article 128 défend, dit-on, c'est la vente des

immeubles, donc implicitement il autorise l'aliénation des meubles ; sans doute l'envoyé n'est qu'un administrateur, mais n'est-il pas appelé vraisemblablement à la propriété même du patrimoine de l'absent, et le Code, en accordant à la femme séparée de biens la faculté d'aliéner son mobilier, ne témoigne-t-il pas qu'il considère les actes de cette nature comme rentrant dans le domaine d'une libre administration (article 1449, C. civ.); (Merlin, Rép., t. XVI, p. 24)? Ce système a pour lui l'autorité de quelques décisions de jurisprudence (Paris, 27 avril 1814; Colmar, 30 août 1837; Bordeaux, 20 novembre 1845).

Ces arguments, malgré leur valeur, ne nous touchent pas. Nous repoussons d'abord la conséquence que l'on prétend tirer de la rédaction restrictive de l'article 128. L'argument *a contrario* n'a de force que si la solution à laquelle il conduit rentre dans le droit commun. La disposition de notre article se justifie pleinement, quand on la rapproche de l'article 126 qui confie au Tribunal le soin d'ordonner s'il y a lieu la vente de tout ou partie du mobilier. La situation des meubles est réglée, les juges apprécieront quelle solution convient le mieux aux intérêts de l'absent : en ordonnant la vente d'une partie du mobilier, ils ordonnent implicitement la conservation du surplus. On conçoit parfaitement dès lors que l'art. 128 n'ait eu à s'occuper que des immeubles.

Sans doute en certains cas l'aliénation du mobilier pourra rentrer dans les limites d'une sage administration, comme par exemple la vente des fruits ou de meubles susceptibles de dépérir. Mais il nous semblerait dangereux d'accorder à l'envoyé la libre disposi-

tion du mobilier de l'absent, il ne faut pas perdre de vue que bien souvent les intérêts de l'envoyé seront contraires à ceux de l'absent. Or ce sont principalement ces derniers que la loi entend protéger. L'absent peut avoir laissé une collection de tableaux, d'objets d'art d'une valeur considérable, capital improductif que l'envoyé sera sans doute tout disposé à convertir en titres de rente dont il sera tout au moins assuré de toucher une part des revenus. Comment soutiendrait-on que cette aliénation présente les caractères d'un acte d'administration ? L'analogie avec l'art. 1449 n'existe pas, la femme administre son propre patrimoine et l'on conçoit que les pouvoirs que la loi lui accorde, comprennent le droit d'aliéner le mobilier, nous sommes ici en présence d'un mandataire qui administre les biens d'autrui.

On a prétendu tirer encore argument de l'assimilation de l'envoyé provisoire avec l'héritier bénéficiaire. L'article 805 accorde à ce dernier le droit d'aliéner les meubles, il doit donc en être de même pour l'envoyé. Nous avons comparé nous-mêmes l'envoyé en possession à un héritier bénéficiaire quand il s'agissait de régler ses rapports avec les tiers créanciers de l'absent, mais ici nous l'envisageons dans ses rapports avec l'absent lui-même, et la comparaison n'est plus possible.

Le rôle de l'héritier bénéficiaire est de liquider les biens de la succession pour arriver au paiement de tous les créanciers ; l'article 805 ne lui accorde pas le droit d'aliéner le mobilier, qui lui eût été reconnu même en l'absence de ce texte, il le limite tout au contraire, et l'astreint à certaines mesures de contrôle et de garantie.

Tout autre est le rôle de l'envoyé auquel la loi prescrit d'administrer, de conserver et de rendre les biens qu'elle lui confie à titre provisoire.

Nous ne voyons pas que l'on puisse invoquer avec plus de raison le caractère de mandat, que nous avons reconnu à l'envoi provisoire, puisqu'aux termes mêmes de l'article 1988 C. civ. le mandat d'aliéner doit être exprès. Ces dispositions sont applicables aussi bien au mandat légal qu'au mandat conventionnel. Or, quel qu'étendu que l'on suppose le mandat que l'envoyé tient de la loi, il n'a certainement pas reçu expressément celui d'aliéner.

Ni les textes ni les principes ne nous permettent donc d'autoriser l'envoyé provisoire à aliéner le mobilier de l'absent. Mais si les circonstances l'exigent, nul doute que le Tribunal ne puisse autoriser l'aliénation de tout ou partie du mobilier, la loi lui confère ce droit au moment de l'envoi provisoire, nous ne voyons aucun motif de le lui refuser postérieurement.

47. Quant aux meubles incorporels la même controverse a été soulevée. Mais une troisième opinion s'est produite, il importe de la faire connaître.

Les auteurs qui soutenaient l'aliénabilité du mobilier corporel, conséquents avec eux-mêmes, accordent également à l'envoyé la faculté d'aliéner les meubles incorporels de l'absent. Aux arguments que nous avons déjà combattus, ils ajoutent encore que l'envoyé ayant le droit de recevoir le paiement d'une créance, il semblerait étrange de lui refuser de transporter cette créance à un tiers, ce qui, dans la réalité, équivaudrait à un véritable paiement (Aubry et Rau, t. I, n° 541 ; — Demante, t. I, n° 157).

D'autres, au contraire, aboutissent à l'inaliénabilité absolue du mobilier incorporel et refusent même au Tribunal la faculté d'en autoriser l'aliénation. L'administration de l'envoyé ne peut comprendre aucun acte de disposition, meubles et immeubles sont inaliénables. Mais l'article 2126 permet de reconnaître aux tribunaux le droit d'autoriser l'hypothèque et par suite l'aliénation des immeubles; l'article 126 donne au juge le pouvoir d'ordonner la vente du mobilier corporel. Quant aux meubles incorporels, la loi est muette, le principe reste entier, l'inaliénabilité doit être absolue.

La logique de ce système semble bien rigoureuse. Les textes de notre matière sont-ils assez précis, le législateur a-t-il suffisamment prévu toutes les difficultés pour que nous ne puissions apporter au principe d'inaliénabilité des meubles incorporels le même tempérament que pour les immeubles et le mobilier? Nous ne le pensons pas. Nous admettrons donc le Tribunal à permettre à l'envoyé provisoire d'aliéner le mobilier incorporel. L'intérêt de l'absent peut exiger impérieusement cette mesure, et la protection de ces intérêts doit être le but que, pour obéir au vœu même de la loi, nous ne devons jamais perdre de vue (Voy. Demolombe, t. II, n° 113, C.).

48. Aux termes de l'article 134 C. civ. : « Après le » jugement de déclaration d'absence toute personne » qui aurait des droits à exercer contre l'absent ne » pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été » envoyés en possession des biens ou qui en auront » l'administration légale. »

La doctrine présente sur la portée de cet article des dissidences assez nombreuses.

Il faut d'abord remarquer qu'en attribuant aux envoyés le droit de défendre aux actions dirigées contre l'absent cet article paraît supposer que la déclaration d'absence a été immédiatement suivie de l'envoi en possession. Il pourra cependant se présenter que les deux événements soient séparés par un assez long intervalle. Contre qui dès lors les tiers pourront-ils poursuivre l'exercice de leurs droits? Leur action ne peut être paralysée par l'indifférence ou le mauvais vouloir de l'héritier. Le Tribunat avait proposé de combler cette lacune par la disposition suivante: « S'il » n'y a pas eu d'envoi provisoire, ou s'il n'a pas été » établi d'administration légale, les personnes ayant » des droits à exercer contre l'absent se pourvoiront » devant le Tribunal qui nommera s'il y a lieu un curateur *ad hoc* contre qui les actions seront dirigées » (Voy. Fenet, t. VIII, p. 436). Cette disposition n'a pas passé dans le Code, et Merlin explique cette apparente lacune par ce motif que cette situation devait être regardée comme rentrant dans l'esprit de l'article 112 et par conséquent comme déjà réglée par les dispositions de cet article. Nous ne partageons pas cet avis, et nous regrettons que la proposition du Tribunat ait été écartée. Nous avons déjà eu occasion de dire que la déclaration d'absence devait avoir pour but de faire cesser toutes les mesures prises pendant la période de présomption d'absence, et nous pensons qu'il y aurait lieu pour les créanciers d'interpeller les héritiers présomptifs et à leur défaut de provoquer, ainsi que l'avait proposé le Tribunat, la nomination d'un curateur chargé de représenter l'absent dans l'instance.

La jurisprudence a bien reconnu que l'action dirigée

contre les héritiers présomptifs de l'absent serait irrégulièrement formée, s'ils n'avaient pas obtenu l'envoi en possession provisoire, mais elle ne paraît pas avoir déterminé contre qui l'action devrait être intentée (Limoges, 28 avril 1812).

Les envoyés provisoires pourront donc, aux termes de l'article 134, défendre tant aux actions mobilières qu'aux actions immobilières dirigées contre l'absent.

Quant aux actions actives, l'art. 134 n'en parle pas. Il n'en faudrait pas cependant conclure que les envoyés ne puissent intenter celles qui compètent à l'absent. L'article 817 C. civ. autorise expressément les envoyés à intenter une action en partage. Cette solution, du reste, ne résulte-t-elle pas du principe général de l'article 120, qui, en accordant l'envoi provisoire des biens de l'absent, transfère nécessairement aux envoyés l'exercice des droits actifs qui font partie de ces biens.

Quelques auteurs ont soutenu que relativement aux actions actives, la capacité des envoyés provisoires n'était pas absolue. Dans cette doctrine, les envoyés devraient, sauf le cas de partage pour lequel la loi contient une disposition formelle, se conformer aux règles posées en matière de tutelle, et se faire autoriser par justice pour intenter toute action relative à des droits immobiliers (Duranton, n° 492). Cette distinction n'existe pas dans la loi, et nous ne verrions, du reste, aucun motif pour l'y introduire. L'article 817, en accordant à l'envoyé le droit d'intenter l'action en partage, tandis que ce droit est refusé au tuteur, nous paraît exclure toute assimilation que l'on serait tenté de faire entre eux. A qui, d'ailleurs, demander

cette autorisation? Au conseil de famille? Il n'en existe pas. Au tribunal? Dans quel but? Il est évident que l'examen sommaire et superficiel qu'il ferait pour accorder l'autorisation, n'offrirait pas une meilleure garantie que l'instruction et les débats de la cause engagée devant lui (Proudhon, t. I, n° 289; Demolombe, t. II, n° 114).

Nous avons accordé aux envoyés provisoires l'exercice des droits actifs qui appartiennent à l'absent, devons-nous étendre cette solution aux droits exclusivement attachés à la personne. Admettrons-nous, par exemple, l'envoyé en possession à intenter une action en désaveu. La Cour de Toulouse, 14 juillet 1827, et la Cour de Dijon, 29 décembre 1828, se sont, avec raison, croyons-nous, prononcées pour la négative. L'article 317, C. civ., constitue une exception au principe de l'article 312, toute exception doit être resserrée dans les limites que la loi lui a posées. L'article 317 prévoit uniquement, pour autoriser les héritiers à exercer le désaveu, le cas de mort du mari. Or, la présomption de mort de l'absent ne peut être invoquée, avons-nous déjà dit, par les envoyés contre les tiers. Ne peut-on pas ajouter, d'ailleurs, que l'article 123 n'accorde l'envoi en possession que sur *les biens de l'absent*. On ne pourrait assurément prétendre que l'action en désaveu fait partie du patrimoine de l'absent (Voy. Dupret, *Rev. de Droit français et étranger*, année 1844, p. 725). Nous supposons, bien entendu, qu'il s'agit d'un enfant né dans les 300 jours de la disparition ou des dernières nouvelles et apte par conséquent à invoquer la maxime : *is pater est*. Nous déciderions autrement si la naissance avait eu lieu après les 300

jours depuis la disparition. L'enfant ne peut alors prétendre qu'il a été conçu pendant le mariage, les héritiers ne sont point obligés, pour le faire déclarer illégitime, de prendre la voie du désaveu, il leur suffit de contester sa légitimité par voie d'exception. La demande de l'enfant ne pourra triompher que s'il apporte la preuve de l'existence de l'absent à l'époque de sa conception (Cass. rej., 3 décembre 1834.)

49. Nous venons de reconnaître aux envoyés le droit d'agir en justice au nom de l'absent, tant en matière immobilière qu'en matière mobilière, sans autorisation préalable. Devrons-nous les admettre à acquiescer, transiger, compromettre sur ces mêmes actions ?

Aux termes de l'article 2045 C. civ. pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans les transactions ; d'autre part, l'article 1003, C. proc., porte que toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. Nous devons donc retrouver ici la controverse déjà soulevée au sujet de l'article 128.

L'aliénation des immeubles étant interdite, donc ni transaction, ni compromis en matière immobilière.

Les auteurs qui admettent la possibilité de l'aliénation des meubles sans autorisation préalable, reconnaissent généralement aux envoyés le droit de transiger et de compromettre en matière mobilière (Aubry et Rau, t. I, p. 541). Cependant M. de Moly se sépare d'eux sur ce point : « La libre disposition des biens » meubles, dit-il, ne peut nuire à l'absent qui trouve » dans l'inventaire et le cautionnement une garantie » suffisante ; si, au contraire, le possesseur provisoire » avait pouvoir de transiger, on pourrait craindre

» qu'il ne sacrifiât une partie des droits de celui qu'il
» représente pour obtenir un avantage actuel, il pour-
» rait même arriver que la fraude présidât à la tran-
» saction, au point que les reprises de l'absent seraient
» abandonnées en tout ou en partie. »

Pour nous, qui avons soutenu le principe de l'inaliénabilité des biens mobiliers de l'absent, nous devons logiquement repousser tout acquiescement, toute transaction, tout compromis de la part de l'envoyé. Mais nous admettrons, comme nous l'avons déjà fait, le tribunal à suppléer, par son autorisation, à l'incapacité dont nous frappons l'envoyé provisoire.

Ces actes peuvent, en effet, présenter des avantages évidents; on ne devra pas contraindre l'envoyé à soutenir un procès dont l'issue défavorable est certaine; à refuser une transaction ou un compromis qui peuvent sauver en partie des droits douteux et menacés. L'intérêt même de l'absent, qui doit être notre guide constant, nous impose cette solution. Le Tribunal, en accordant son autorisation, pourra l'entourer de toutes les garanties nécessaires, et nous pensons qu'il fera sagement d'imposer à l'envoyé les précautions prescrites en pareille matière par l'art. 467 C. civ., c'est-à-dire de l'obliger à prendre l'avis préalable de trois jurisconsultes (Demante, t. I, n° 158).

Cependant on a soutenu que le Tribunal n'aurait ici aucun pouvoir pour autoriser l'envoyé provisoire. Nous avons déjà vu cette opinion se produire au sujet des aliénations de meubles incorporels. L'argument est le même : seul l'envoyé ne peut aliéner, par suite il ne peut transiger (art. 2045 C. civ.), compromettre (art. 1003 C. proc.); pour que le Tribunal pût auto-

riser ces actes, il faudrait un texte ; il n'en existe pas. D'ailleurs le vœu de la loi est que toutes les actions dans lesquelles sont en jeu les intérêts de l'absent soient jugées par les tribunaux.

Quelle que soit la gravité de ces motifs, nous ne pouvons accepter cette solution. Nous l'avons déjà dit, la matière de l'absence n'a pas été suffisamment approfondie par le législateur pour qu'il ait pu prévoir toutes les difficultés qu'on soulève. Une trop rigoureuse logique nous conduirait aux résultats les plus inacceptables ; quand un texte formel ne s'y oppose pas nous devons surtout prendre pour guide l'intérêt de l'absent, et suivre les voies qui nous sont tracées dans les espèces réglementées par le législateur et présentant quelqu'analogie avec notre matière.

La transaction peut présenter les avantages les plus certains. On ne peut l'interdire en tout état de cause.

50. Dans toutes ces instances où l'absent est représenté par l'envoyé provisoire, la communication au ministère public ne sera pas nécessaire. L'art. 114 ordonne la communication de toutes les causes des *présumés absents*, il s'agit ici d'*absents déclarés*, l'article n'est donc pas applicable. Le silence de l'article 134 sur ce point montre du reste clairement la pensée du législateur ; dès que le patrimoine de l'absent est remis aux mains des envoyés, ses droits seront défendus par les personnes les plus intéressées à les sauvegarder, l'intervention du ministère public n'est plus aussi nécessaire. C'est en vain qu'on invoque l'art. 83 C. proc., § 6, qui exige la communication de toutes les causes dans lesquelles figure un curateur. L'envoyé n'est pas un curateur, d'ailleurs le § 7 qui déclare communicables

les causes des *présumés absents* ne laisse subsister, semble-t-il, aucun doute sur ce point.

Nous ferons exception, toutefois, pour le cas où les intérêts de l'envoyé seraient en opposition avec ceux de l'absent ; nous avons vu qu'il conviendrait alors de nommer un curateur, comme contradicteur aux prétentions des envoyés, et la cause devrait être communiquée au ministère public (art. 83, § 6; C. proc.).

51. De ce que dans les actions judiciaires les envoyés sont les représentants légaux de l'absent, on devra conclure qu'ils ne devront pas être personnellement condamnés aux dépens, sauf dans les cas où le Tribunal estimerait devoir leur faire l'application de l'article 132 C. proc. s'ils avaient compromis les intérêts de leur administration ;

Que la chose jugée contre les envoyés sera dès lors jugée contre l'absent qui ne pourra recourir à la voie de la tierce opposition (article 474 C. proc.).

52. S'il existe des successions échues à l'absent avant sa disparition sur lesquelles il n'aurait pas pris parti, les envoyés ne seront admis à les accepter ou les répudier qu'avec l'autorisation de justice. Ces actes dépassent, en effet, les limites de l'administration. La répudiation d'une bonne succession est une aliénation gratuite fort préjudiciable, l'acceptation pure et simple d'une succession onéreuse est une obligation gratuitement contractée envers les créanciers de cette succession, et l'acceptation même bénéficiaire pourrait causer un préjudice très réel, en obligeant au rapport des donations qui auraient pu être faites à l'absent.

Quant à la manière dont les envoyés provisoires devront procéder aux partages dans lesquels l'absent se

trouverait intéressé, l'art. 817 les soumet comme les tuteurs à toutes les formalités du partage judiciaire, article 840.

53. Nous avons vu à quelle condition est soumise l'aliénation des immeubles de l'absent; l'article 457 nous conduit par analogie à exiger l'autorisation préalable du Tribunal pour contracter un emprunt.

On pourrait objecter sans doute que certains actes d'administration, tels que des traités faits pour la réparation de bâtiments peuvent avoir également pour résultat de grever le patrimoine tout entier de l'absent et cependant on reconnaît aux envoyés le droit de les faire sans autorisation. Mais s'il en est ainsi c'est que la nature même de ces actes démontre leur nécessité, qu'ils ont un rapport direct et certain avec l'administration des biens de l'absent; il n'en saurait être de même d'un emprunt dont la nécessité ne peut être reconnue que par l'examen de l'état dans lequel se trouvent les affaires de l'absent et dont l'utilité ne peut résulter que de l'emploi qui sera donné aux fonds empruntés (Aubry et Rau, t. I, p. 607).

54. Soit qu'on les considère comme simples dépositaires administrateurs, soit qu'on les regarde comme mandataires judiciaires, les envoyés provisoires ne peuvent prescrire contre l'absent. Leur qualité même leur impose l'obligation d'interrompre les prescriptions qui courent contre l'absent, leur responsabilité serait engagée si pouvant, interrompre une prescription, ils l'avaient laissé s'accomplir ; il est dès lors évident qu'ils ne peuvent eux-mêmes invoquer cette prescription.

Mais c'est seulement en tant que l'envoyé représente

l'absent et se trouve chargé de le défendre que la prescription est suspendue. L'héritier présomptif qui obtient l'envoi provisoire, acquiert par là une administration générale et ne pourrait invoquer le bénéfice d'aucune prescription. Mais l'envoyé qui ne représenterait l'absent qu'à titre particulier, par exemple, le nu-propriétaire d'un immeuble dont l'absent aurait l'usufruit, n'est chargé de défendre l'absent que dans les limites de son administration, et, par conséquent, pourrait, sauf en ce qui concerne cet usufruit, prescrire contre l'absent.

Réciproquement la prescription ne court pas non plus au profit de l'absent contre l'envoyé en possession provisoire. Il est vrai qu'aux termes de l'article 2251 C. civ. la prescription court contre toute personne, à moins qu'elle ne soit dans quelque exception établie par une loi, et qu'il n'existe aucune disposition suspendant la prescription courant au profit de l'absent. Cependant la raison et l'équité ne permettent pas d'écarter le principe de la réciprocité. On peut invoquer d'ailleurs un argument d'analogie décisif. Aux termes de l'art. 2258 C. civ. la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession. Quels motifs justifient cette exception ? D'une part, on ne pouvait forcer l'héritier à se poursuivre en quelque sorte lui-même, d'autre part on voulait éviter des frais de procédure qui auraient inutilement grevé l'actif de la succession. Les mêmes motifs existent avec la même force à l'égard de l'envoyé en possession. On n'objectera pas que l'envoyé pourrait faire nommer un curateur contre lequel il dirigerait sa demande. Le même droit appar-

tient à l'héritier bénéficiaire (art. 996 C. proc.) et néanmoins la prescription ne court pas contre lui.

Attribution des fruits.

55. Après le retour de l'absent, l'envoyé sera tenu de lui restituer tous ses biens, dans l'état où les laissera une bonne administration restreinte aux limites que nous venons d'indiquer. La condition résolutoire à laquelle était soumise sa possession est accomplie, et l'envoyé n'a jamais été qu'un mandataire, mais un mandataire *salarié*, et c'est ici que nous allons rencontrer ce nouveau caractère de son mandat.

L'article 127 est ainsi conçu : « Ceux qui, par suite » de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, » auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de » lui rendre que le cinquième des revenus s'il reparaît » avant quinze ans révolus depuis le jour de sa dispa- » rition, et le dixième s'il ne reparaît qu'après les » quinze ans. Après trente ans d'absence la totalité des » revenus leur appartiendra. »

Signalons les vices de rédaction de cet article dont un surtout a soulevé des doutes sérieux qui ne sont pas encore dissipés.

La restitution des revenus pourrait, d'après la rigueur du texte, paraître subordonnée au retour de l'absent. Il n'est cependant pas douteux que, si, pour toute autre circonstance, les envoyés venaient à être tenus de restituer les biens de l'absent, ils ne seraient pas fondés à retenir tous les fruits par eux perçus. Sans que l'absent reparaisse son existence peut être prouvée, ou peut acquérir la certitude de sa

mort à une époque où les envoyés n'étaient plus ses héritiers ; dans tous ces cas l'art. 127 devrait recevoir son application.

La totalité des revenus n'est attribuée aux envoyés qu'après *30 ans d'absence*. Si la disparition de l'absent ne remontait pas au-delà de 15 ans ou 20 ans, mais que par suite de l'arrivée de sa centième année, l'envoi définitif ait été prononcé conformément à l'article 129 C. civ., au cas où les envoyés seraient tenus de restituer les biens, il semble certain qu'ils auraient encore le droit de conserver la totalité des revenus. L'envoi définitif leur attribue même le droit d'aliéner le capital, il serait impossible de les rendre comptables d'une portion quelconque de fruits. A côté de l'hypothèse prévue par l'article 127, il faut donc en placer une autre, celle de l'envoi définitif prononcé après l'expiration de cent ans depuis la naissance de l'absent (Marcadé, art. 127, n° 2).

56. Dans sa première disposition cet article fixe à la disparition de l'absent le point de départ des 15 ans qui attribuent à l'envoyé les 4/5 ou les 9/10 des fruits, suivant que la restitution aura lieu avant ou après cette époque. Au contraire, c'est après 30 ans d'*absence* que la totalité des revenus leur appartiendra. Quelques auteurs ont relevé la contradiction de ces termes, et ont prétendu en conclure que le point de départ des 30 années était le jugement de déclaration d'absence. On fait observer que dans la section où cet article est placé, le mot absence désigne l'absence déclarée et on doit d'autant plus lui conserver ici cette signification technique qu'il fait en quelque sorte antithèse avec le mot *disparition* employé dans le paragraphe

précédent. D'ailleurs, c'est après 30 ans d'absence déclarée que les envoyés cessent d'être comptables, et on conçoit aisément le but du législateur qui a voulu maintenir jusqu'à cette époque au profit de l'absent une certaine réserve sur les fruits (Duranton, t. I, n° 418).

Malgré les termes équivoques de la loi nous pensons qu'il convient ici de conserver un point de départ uniforme. La technologie du législateur n'est pas assez précise pour qu'on en puisse toujours tirer un argument concluant, et nous voyons même le mot absence dans la rubrique de la 2e section de notre chapitre, employé dans un sens large, qni embrasse même la simple présomption d'absence. Il faut remarquer du reste, que c'est aux *envoyés provisoires* que la loi attribue après 30 années la totalité des fruits, si le point de départ de ces trente ans est la déclaration d'absence, nous arrivons à la troisième période, à l'envoi définitif. La disposition de notre article reste sans application. Dire que la loi a supposé le cas où les envoyés provisoires resteraient dans l'inaction, sans demander après les 30 ans l'envoi définitif, ne semble pas une objection sérieuse. L'hypothèse sera tellement rare que nous sommes autorisé à dire que le législateur ne l'a pas eue en vue (Valette sur Proudhon, t. I, p. 288) [1].

[1] Nous trouverions, s'il en était besoin, la confirmation de notre opinion, dans l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu. Arrivant à l'explication du § 1 de l'article 127 qui fixe *la disparition* comme point de départ des quinze ans, il disait : « Ceux qui, par suite » de l'envoi provisoire, auront joui des biens de l'absent, ne seront » tenus de lui rendre que le cinquième des revenus s'il reparaît » avant quinze ans révolus d'absence. » Ainsi dans tous les cas *l'absence*, c'était cette portion de temps écoulée entre la disparition

Si dans tous les cas, l'époque de la disparition seule doit être prise en considération pour déterminer dans quelle proportion les envoyés exerceront leur retenue sur les fruits, il ne serait pas exact de dire que l'époque de déclaration d'absence reste absolument indifférente. Elle aura, au contraire, une influence décisive pour déterminer sur quels fruits les envoyés peuvent exercer leurs droits. Nous avons vu, en effet, que les fruits perçus pendant toute la période de présomption d'absence, forment des capitaux et ne sont remis qu'à ce titre entre les mains des envoyés. Si donc nous supposons que la disparition de l'absent remonte à 16 années, et que la déclaration d'absence et l'envoi provisoire n'aient été prononcés qu'après 10 ans, au retour de l'absent, l'envoyé pourra bien retenir les 9/10 des fruits, mais calculés seulement sur la période écoulée depuis qu'il est en possession, c'est-à-dire pendant 6 années.

57. A quelque époque que doive s'opérer la restitution, les retenues auxquelles auront droit les envoyés devront être calculées d'une manière uniforme d'après la durée de leur possession. Si la restitution des biens par exemple est faite après plus de 30 ans d'absence, tous les revenus perçus sont acquis aux envoyés, et non pas seulement les 4/5 de ceux perçus pendant la première période, les 9/10 de ceux perçus pendant la seconde et la totalité de ceux perçus pendant la troisième.

de l'absent et son retour. Le législateur en faisant usage de ce terme dans le § 2 de notre article ne lui attribuait pas un sens différent de celui que lui donnait le rapporteur de la loi ; il n'avait en vue aucune antithèse, il voulait sans doute éviter une répétition.

Le texte de la loi est manifestement rédigé en ce sens. En vain on objecterait que l'envoyé a dû réserver un cinquième des fruits pendant la première période, un dixième pendant la seconde, et que ces fruits s'ajoutent ainsi au patrimoine de l'absent et doivent lui être restitués. La loi ne s'est pas montrée aussi logiquement rigoureuse.

58. Quel est le fondement de cette attribution des fruits aux envoyés? Les auteurs sont divisés sur ce point.

Si l'envoi en possession n'était qu'une charge pour ceux qui l'ont obtenu, l'absent s'enrichirait à leurs dépens, puisqu'il profiterait de leur travail et de leur activité. L'équité demande donc qu'ils soient indemnisés, la portion des fruits qu'ils conservent est la juste rétribution, le salaire des soins qu'ils ont donnés aux biens de l'absent et dont il a bénéficié (Demante, p. 235).

Cette indemnité était commandée même par l'intérêt bien entendu de l'absent, si l'envoi en possession n'eût été qu'un fardeau sans compensation, son patrimoine eût pu rester sans administrateur. La responsabilité qu'elle entraîne, l'obligation de donner caution, eussent empêché les héritiers présomptifs de se charger de cette administration (Marcadé, sur l'article 127).

Enfin, dit-on, dans une troisième opinion, cette indemnité accordée aux envoyés est basée sur cette pensée fort juste du législateur que ceux qui perçoivent les fruits d'un patrimoine dont ils se croient propriétaires, n'ont point l'habitude de les mettre en réserve; convaincus qu'ils ont le droit d'en disposer, ils les consomment au jour le jour. Or s'ils étaient obligés, quand ils restituent à l'absent son patrimoine, de lui rendre

en même temps tous les revenus qu'il a produits, la masse à restituer serait parfois si considérable qu'ils ne pourraient point, sans se ruiner eux-mêmes, suffire à cette obligation. Cette considération a conduit le législateur à attribuer aux possesseurs de bonne foi la totalité des fruits qu'ils gagnent. Le même motif a dû le guider quand il a réglé la condition des envoyés provisoires. Sans doute ils ne sont pas possesseurs de bonne foi, puisqu'ils savent qu'ils sont exposés à la restitution du patrimoine qu'ils administrent. Mais quand l'absence a duré plusieurs années, la probabilité du retour de l'absent s'écartera de plus en plus de leur pensée, et ils arriveront fatalement à se croire véritablement propriétaires. Leurs dépenses s'augmenteront en proportion du nouveau revenu qu'ils perçoivent, *lautius vivunt*, ce serait les appauvrir eux-mêmes, les ruiner peut-être que de les forcer à restituer après plusieurs années la masse des fruits qu'ils ont consommés, (Demolombe, t. II, n° 120).

Quelque séduisant que semble au premier aspect ce dernier système, quelle que soit l'autorité de ses défenseurs, nous ne pouvons l'accepter. Tel aurait pu être sans doute le but du législateur, mais une seule objection suffira pour démontrer que telle n'a pas été sa pensée.

Si le législateur avait été guidé par cette considération que plus l'absence se prolonge, plus l'envoyé s'affermit dans la pensée qu'il restera définitivement propriétaire, plus il est juste de l'assimiler au possesseur de bonne foi et de lui accorder une part de plus en plus forte sur les fruits, il n'aurait pas accordé la même attribution des revenus, avec le même accroissement

progressif à l'époux administrateur. Pour ce dernier, en effet, la prolongation de l'absence affaiblit chaque jour, loin de la fortifier, la supposition sur laquelle repose son droit. Cet argument nous semble sans réplique.

Dès lors, nous sommes conduit à chercher dans l'idée d'un salaire imposé à l'absent envers ceux à qui sa disparition laisse le fardeau de l'administration de ses biens, la justification de cette disposition de la loi. Sans doute cette rétribution pourra paraître excessive, mais ne perdons pas de vue que le législateur, préoccupé de ne pas laisser les biens de l'absent aux soins d'un administrateur étranger, désireux de confier la gestion de son patrimoine à ses héritiers, devait offrir à ceux-ci des avantages très réels pour les déterminer à accepter cette responsabilité. A-t-il été bien ou mal inspiré, peu importe, nous n'avons à rechercher ici que la pensée qui l'a guidé.

Nous trouverions au surplus la confirmation de notre opinion dans les propres paroles des rapporteurs de la loi [1].

Deux idées dominent : la nécessité d'un salaire, celle d'un salaire élevé dans la crainte d'un refus possible d'accepter les charges de la gestion.

[1] « L'accroissement du dépôt, la continuité des soins qu'il serait » injuste de laisser aussi longtemps sans indemnité, *le refus qui* » *sera fait d'une charge aussi pesante.* tous ces motifs ont fait dé- » cider qu'après un certain temps les héritiers doivent profiter » des revenus. » (Discours de Bigot-Préameneu, au Corps législatif.)

« Il était équitable de récompenser les soins de tout genre atta- » chés à la gestion. Cette mesure n'était pas moins commandée » par les intérêts de l'absent lui-même dont la fortune aurait pu » rester sans administrateur, s'il n'y avait eu aucune indemnité à » espérer ». (Discours de M. Leroy, de l'Orne, au Tribunat.)

Cette discussion n'est pas purement théorique, elle présente au contraire une importance pratique considérable. L'explication que nous venons de donner de l'art. 127, nous fournit la solution de plusieurs questions délicates.

Le retour de l'absent a lieu la veille de la récolte. Les envoyés ont cultivé eux-mêmes, labouré, ensemencé et les récoltes sont encore sur pied. Les envoyés sont-ils fondés à réclamer en vertu de l'art. 127 une part ou la totalité des fruits?

Si la justification que nous avons proposée, des dispositions de l'art. 127 est exacte, l'affirmative n'est pas douteuse. Les fruits sont pour les envoyés le salaire de leurs soins, de leurs travaux ; ils ont droit sur la dernière récolte, à une part proportionnelle au temps qu'aura duré leur administration pendant la dernière année. Nous trouverons dans une situation analogue, une règle qu'il nous semble tout naturel de suivre, et nous appliquerons ici les dispositions indiquées par l'article 1571 à la dissolution du mariage en cas de régime dotal.

On objecte à cette solution, les termes mêmes de l'article 127 : « *ne seront tenus de lui rendre.* » La loi, dit-on, suppose les envoyés nantis, les fruits perçus, puisqu'elle permet seulement de les conserver, de ne pas les rendre. Il nous est permis de n'attacher à cet argument qu'une importance secondaire, quand nous voyons dans le même article : « qu'après 30 ans d'ab- » sence, la totalité des revenus leur *appartiendra.* » Ce n'est donc pas seulement la faculté de ne pas rendre, que la loi reconnaît aux envoyés.

L'argument que l'on prétend tirer de l'art. 132 est

encore moins probant. L'absent, porte cet article, recouvre ses biens dans *l'état où ils se trouvent*. Donc, ajoute-t-on, si la récolte est sur pied, l'absent la reprend. Si l'on remarque que cet article, réglant le cas de retour de l'absent, a pour but de restreindre ses droits, d'écarter ses réclamations, il semble étrange d'en vouloir retourner les termes contre l'envoyé.

La solution de la question n'est donc pas dans les textes, mais uniquement dans l'explication que l'on accepte sur les dispositions de l'article 127.

S'il s'agit de fruits civils, de fermages, d'arrérages de rente, et que l'absent reparaisse soit avant l'échéance, soit même après l'échéance, mais avant le paiement, la même question s'élève. Nous devons naturellement adopter ici la même solution que dans l'hypothèse précédente, et avec un argument puissant de plus en notre faveur, tiré de l'art. 586 aux termes duquel les fruits civils s'acquièrent jour par jour. Quel que soit donc le parti que l'on prenne sur la controverse précédente, il nous semble difficile de refuser ici à l'envoyé, le prélèvement de sa part dans les fruits civils; la loi les considère comme *perçus* jour par jour, peu importe qu'ils soient ou non touchés.

59. Les retenues auxquelles ont droit les envoyés provisoires, doivent être calculées, non pas sur le produit brut des biens, mais sur ce produit, déduction faite des charges que l'on considère généralement comme devant être acquittées sur les fruits, telles que les dépenses d'exploitation, l'acquittement des impôts, le paiement des intérêts des sommes dues, les arrérages de rente, les réparations d'entretien. Il n'y a, en effet, de revenu véritable que ce qui reste, déduction faite

de ces charges diverses. Ce mode de supputation n'est du reste pas moins restrictif vis-à-vis de l'absent lui-même que vis-à-vis de l'envoyé provisoire.

Quant aux grosses réparations, qui sont une charge de la propriété elle-même, c'est l'absent seul qui devra les supporter, elles n'entreront pas en ligne de compte dans les retenues que l'envoyé en possession pourra exercer. S'il y a lieu, par exemple, de reconstruire un gros mur, une couverture entière, il est évident que ce n'est pas sur les revenus que la somme nécessaire pourra être prélevée. On emploiera donc à ces dépenses une partie des capitaux, et à défaut on aura recours, soit à un emprunt, soit même à une aliénation partielle du bien de l'absent, en obtenant à cet effet l'autorisation de justice, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus. Au cas où l'envoyé aurait fait l'avance nécessaire pour exécuter ces travaux, l'absent lui en devra le remboursement.

Bien que l'envoyé provisoire soit averti de la restitution éventuelle à laquelle il reste exposé, nous ne pouvons au cas où il aurait fait sur le patrimoine de l'absent des dépenses d'amélioration, le traiter comme un possesseur de mauvaise foi. Le but même que la loi s'est proposé en remettant le patrimoine de l'absent aux mains de ses héritiers présomptifs a été, nous l'avons dit, de choisir des administrateurs ayant un puissant intérêt à améliorer, à faire fructifier les biens qui leur sont confiés. L'envoyé aura donc incontestablement droit à une indemnité. Mais nous irions même jusqu'à le traiter plus favorablement que le possesseur de bonne foi et nous pensons que l'absent n'aurait pas le choix entre le remboursement de la

valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre et le remboursement d'une somme égale à celle dont le fonds aurait augmenté de valeur (article 555 c. civ.). Nous l'obligerions dans tous ces cas à tenir compte à l'envoyé de toutes les dépenses faites dont les tribunaux reconnaîtraient le caractère d'utilité et d'opportunité, quelle que soit d'ailleurs la plus-value donnée à son patrimoine (art. 1999, § I, c. civ.).

Nous trouverions ici une application du caractère d'un dépôt que la loi assigne à l'envoi provisoire (art. 125) en accordant à l'envoyé le droit de rétention jusqu'au complet remboursement des sommes qui pourraient lui être dues par l'absent (art. 1948 c. civ.).

Quant aux dépenses purement voluptuaires, l'envoyé nous semblerait ne pouvoir à aucun titre en réclamer le remboursement, et nous lui appliquerions ici les dispositions finales de l'art. 599 c. civ., c'est-à-dire que nous lui reconnaîtrions uniquement le droit de faire enlever les ornements qu'il aurait fait placer, à charge par lui de rétablir les lieux dans leur premier état.

§ 2. Droits des envoyés provisoires les uns vis-à-vis des autres.

La restitution des biens de l'absent peut être poursuivie par les parents qui se trouvaient à l'époque de la disparition, ses héritiers présomptifs à l'exclusion de ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire ou conjointement avec eux.

Nous pouvons qualifier l'action de ces héritiers : *de pétition de la possession de l'hérédité.*

60. Pour déterminer pendant combien de temps cette action peut être intentée, une distinction est nécessaire

Par une faveur exceptionnelle, les descendants de l'absent peuvent agir, non seulement tant que dura l'envoi provisoire, mais encore dans les 30 ans à compter de l'envoi définitif (art. 133, C. civ.).

Quant à tous les autres parents, ils doivent réclamer dans les 30 ans qui suivent l'envoi provisoire.

On serait sans doute tenté d'objecter que les envoyés provisoires sont administrateurs comptables et incapables de prescrire avant l'envoi définitif.

L'argument serait sans valeur ; les envoyés recueillent par une sorte d'ouverture provisoire, la succession de l'absent, et dès ce jour, à l'égard des autres parents tout au moins, ils possèdent ces biens *animo domini*. Ceux qui se prétendent héritiers plus proches ont pu agir dès le jour où l'envoi provisoire a été prononcé à leur préjudice, leur action se prescrit donc par 30 ans à compter de ce jour. Un argument péremptoire se tire du reste de l'article 133 qui n'accorde qu'aux seuls descendants le droit d'agir dans les 30 ans de l'envoi définitif. (Demolombe, t. II, n° 182.)

61. Nous supposons donc l'action intentée dans les 30 ans de l'envoi provisoire par un héritier présomptif préférable à l'envoyé ; il convient alors de rechercher ce que devra comprendre la restitution.

La restitution du capital s'effectuera évidemment comme au cas de retour de l'absent ; en ce qui concerne les fruits il s'élève de sérieuses difficultés.

On a soutenu que le cohéritier gagné de vitesse par

l'envoyé provisoire pourrait réclamer tous les fruits perçus. (Toullier, t. I, n° 433; Locré, t. II, p. 467; Agen 16 avril 1822.) L'article 127, C. civ. dit-on, n'est applicable que dans les rapports de l'envoyé avec l'absent; la question du reste fut soulevée devant le Conseil d'État et résolue en ce sens[1]; l'envoyé étant déchu de sa possession provisoire doit nécessairement rendre les fruits perçus depuis sa possession à celui qui lui est préféré, sauf à celui-ci en ce qui le concerne à en faire raison à l'absent si jamais il y a lieu.

Nous repoussons cette doctrine. Les fruits que les envoyés peuvent conserver en vertu de l'article 127 leur sont attribués, nous l'avons vu, comme un salaire et une indemnité de leur administration. Comment donc une portion quelconque en serait-elle accordée à celui qui n'a pas administré? On ne saurait admettre que celui qui, pouvant se faire envoyer en possession de préférence à d'autres, garde le silence et s'affranchit ainsi des soins et des embarras de l'administration, puisse venir ensuite réclamer la totalité des fruits : *Ubi est onus, ibi emolumentum esse debet*. Quant à la discussion soulevée au Conseil d'État, elle ne nous fait connaître que l'opinion personnelle d'un rédacteur de la loi, et nous ne sommes pas tenu d'en accepter aveuglement l'autorité.

Ainsi donc l'envoyé provisoire ultérieurement évincé par un héritier plus proche, conservera la part de

[1] Séance du 4 frimaire an X. M. Thibaudeau disait que du moment où la loi appelle à la jouissance provisoire tous les héritiers, l'héritier qui y aurait un droit et qui ne l'aurait pas obtenue pour sa portion peut toujours en demander compte à ses cohéritiers. (Fenet. t. VIII, p. 414.)

fruits qui lui eût été acquise conformément aux dispositions de l'article 127 au cas de retour de l'absent.

Nous réservons bien entendu le cas où les envoyés provisoires auraient agi de mauvaise foi en obtenant l'envoi (Duranton, t. I, n° 497.) Ils seraient en effet passibles de dommages-intérêts, qui consisteraient précisément dans la restitution des fruits perçus par eux au préjudice des héritiers qu'ils auraient fait indument écarter de l'envoi en possession.

Nous remarquerons enfin que dans le cas même où nous reconnaissons aux envoyés, à raison de leur bonne foi, le droit d'opérer, en restituant les fruits, la retenue prescrite par l'article 127, il ne s'agit que des revenus perçus jusqu'au jour de la demande. Ils doivent compte au contraire de ceux perçus depuis cette époque. L'héritier a manifesté en effet dès ce moment la volonté de prendre en mains les soins de l'administration, il ne dépend pas de lui que la charge lui en soit immédiatement conférée. (Rouen, 7 Décembre 1840).

On pourrait aller plus loin et soutenir que l'envoyé provisoire ne doit à l'héritier plus proche qui l'évince, aucune restitution de fruits, pas même le cinquième ou le dixième qu'il serait tenu de rendre à l'absent. On restreint ici encore, mais pour aboutir à un tout autre résultat, l'application de l'article 127 aux rapports de l'envoyé avec l'absent ou ses ayant-cause. L'envoyé est un possesseur de bonne foi, comme tel il fait tous les fruits siens (de Plasman, t. I, p. 163).

Nous écarterons ce système. La prétention de l'héritier est d'obtenir, aux lieu et place de l'envoyé, l'administration et la jouissance du patrimoine actuel de

l'absent. Or, la part de fruits que l'envoyé a dû mettre en réserve fait désormais partie de ce patrimoine, elle doit donc être restituée. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, parce qu'il doit se croire autorisé à les consommer tous, l'envoyé provisoire est en faute s'il consomme tous les fruits, la responsabilité qu'il sait encourir lui interdit d'invoquer sa bonne foi. Ne faudrait-il pas d'ailleurs que l'envoyé évincé continuât de fournir caution pour les fruits qu'il conserverait ; en sorte qu'il y aurait alors deux classes d'envoyés en possession, les uns du capital, les autres des revenus. On aboutit ainsi à une conséquence contraire au vœu de la loi.

En résumé donc, l'envoyé devra rendre la part des fruits qu'il aurait dû restituer à l'absent lui-même s'il se fût alors présenté (Demolombe, t. II, n° 188).

62. Il pourra se faire que pendant l'envoi provisoire on apporte la preuve que l'absent existait à une époque postérieure à la déclaration d'absence.

Le jugement déclaratif d'absence et d'envoi en possession est immédiatement anéanti, et l'on retombe *de plano* dans la période de présomption d'absence, (art. 131, C. civ.).

Si les nouvelles de l'absent remontaient à plus de 4 années de date, il est clair que les intéressés pourraient aussitôt se mettre en mesure d'obtenir une nouvelle déclaration d'absence (art. 115, et suiv. C. civ.).

Dans tous les cas les envoyés provisoires se trouveront dans la nécessité de restituer le patrimoine dont ils avaient la gestion, mais ils conserveront sur les revenus perçus la part à laquelle l'art. 127 leur donne

droit. Leur situation est la même que si l'absent était de retour, les mêmes règles sont applicables. Les deux hypothèses sont du reste prévues par l'art. 131 et mises sur la même ligne.

63. Une dernière espèce nous reste à prévoir, celle où la date du décès de l'absent vient à être connue et se trouve fixée à une époque postérieure à la déclaration d'absence.

Aux termes de l'article 130 : « La succession de » l'absent sera ouverte du jour du décès prouvé au » profit des héritiers plus proches à cette époque, et » ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront » tenus de les restituer sous la réserve des fruits par » eux acquis en vertu de l'article 127. »

Nous n'avons pas à discuter ici la question de savoir si les parents de l'absent autres que ses descendants pourraient se prévaloir de cet article au cas où le décès prouvé serait postérieur à l'envoi définitif, l'examen de cette controverse nous entraînerait hors des limites de notre étude.

Nous devons uniquement nous placer dans l'hypothèse où la preuve du décès est faite pendant l'envoi provisoire. L'action de l'héritier le plus proche est-elle prescriptible ? à compter de quelle époque ?

On a prétendu que l'envoyé provisoire n'était jamais recevable à invoquer la prescription. Dès que la preuve du décès est fournie, l'envoyé en possession se trouve n'avoir jamais été qu'un mandataire, un dépositaire, c'est-à-dire un détenteur précaire et en cette qualité incapable de prescrire (art. 2236, C. civ.). En cas de retour de l'absent et à quelque époque qu'il se produise, l'envoyé serait comptable envers lui, conformément

aux principes généraux du mandat (art. 1993), les héritiers de l'absent ne font qu'invoquer ce droit de leur auteur, ils demandent à l'envoyé la reddition de ses comptes ; or, jamais un administrateur comptable ne peut invoquer la prescription pour échapper à cette obligation (de Moly, n° 703). Dans cette doctrine l'action de l'héritier véritable est imprescriptible.

D'autres auteurs admettent bien que la possession de l'envoyé provisoire est entachée de précarité, et que l'art. 2286, C. civ. s'oppose à ce qu'ils puissent prescrire ; mais à leurs yeux ce vice n'est pas ineffaçable, il vient une époque où il disparaît, et cette époque c'est l'envoi en possession définitif. Dès ce moment l'envoyé provisoire a presque la situation d'un véritable propriétaire, puisqu'il en a tous les pouvoirs, on peut donc réellement prétendre qu'il possède *animo domini* et qu'il peut prescrire.

Nous rejetons ce système presque sans examen. On ne peut se changer à soi-même le principe de sa possession (art. 2240) ; c'est l'envoyé provisoire lui-même qui provoque l'envoi définitif, c'est donc lui qui intervertirait son titre. S'il a jamais été détenteur précaire, son état de précarité subsistera à quelque époque que ce soit.

Mais doit-on considérer l'envoyé comme un détenteur précaire dans ses rapports avec l'héritier de l'absent ? Nous ne le pensons pas. S'il est vrai que l'envoyé reste en état de précarité à l'égard de l'absent, il possède à l'égard de tous autres *animo domini* avec la volonté de conserver ces biens, d'en rester propriétaire. Les héritiers plus proches agissent de leur propre chef, intentent une action en pétition d'hérédité, invoquent

leur qualité d'héritiers et n'agissent nullement comme représentants de l'absent. Dès que le décès a eu lieu, la situation de l'envoyé subit une modification radicale, il n'y a plus d'absence, plus de mandat légal, plus d'administration provisoire, mais une hérédité ouverte, et, par conséquent, prescriptible par celui qui la possède. Cette solution est incontestable pour le cas où l'envoyé provisoire aura connu le décès de l'absent; dès cette époque, en restant en possession de l'hérédité, il manifeste bien l'intention de l'acquérir par prescription à titre d'héritier; mais nous pensons pouvoir l'étendre même au cas où il eût ignoré le décès, en réalité c'est un héritier apparent qui prescrit contre un héritier véritable (Demolombe, t. II, n° 193. — Duranton, t. I, n° 531).

Si donc il s'est écoulé 30 ans depuis le décès, la pétition d'hérédité est prescrite. Nous supposons, bien entendu, que le décès a eu lieu depuis l'envoi en possession, car il est de toute évidence que pour prescrire il faut posséder.

64. Si la pétition d'hérédité a été intentée en temps utile, l'envoyé devra restituer à l'héritier véritable le patrimoine de l'absent. Sera-t-il tenu de restituer les fruits perçus? Une distinction nous semble nécessaire.

S'il a connu le décès, il possède l'hérédité *animo domini*, il se considère comme l'héritier, il doit donc, comme l'héritier apparent de bonne foi, gagner tous les fruits.

Si, connaissant le décès, il sait n'être pas le véritable héritier, on devra le traiter comme un possesseur de mauvaise foi, et l'obliger à restituer tous les fruits.

Si la date du décès lui était restée inconnue, son

devoir lui imposant de mettre chaque année en réserve une part de fruits pour le cas du retour éventuel de l'absent, il n'aurait aucun droit pour refuser à l'héritier véritable la restitution des revenus conformément aux règles de l'art. 127. (Demolombe, t. II, n° 195).

Nous ferons observer que les héritiers à l'époque du décès prouvé, ne pourront pas agir, en vertu de l'art. 130, contre tous les envoyés en possession indistinctement. Il en est, en effet, dont le décès de l'absent, ne fait que confirmer plus énergiquement les droits. Ainsi un donateur avec clause de retour en cas de prédécès de l'absent donataire, un nu-propriétaire, demeureraient évidemment propriétaires définitifs et incommutables, seulement ils pourraient être tenus à la restitution d'une portion des fruits si le décès de l'absent avait eu lieu postérieurement à l'envoi provisoire.

§ 3. Droits des envoyés provisoires vis-à-vis des tiers.

65. Nous avons vu qu'aux termes de l'art. 128 l'envoyé provisoire ne pouvait aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent, quel serait, si l'envoyé avait violé cette prohibition, le sort de l'aliénation ou de l'hypothèque qu'il aurait consentie ?

Nous pouvons supposer d'abord que l'envoyé, en aliénant a fait connaître à l'acquéreur, sa qualité d'administrateur provisoire, qu'il a cédé, en d'autres termes ses droits tels quels sur la chose. La vente serait évidemment valable, l'acquéreur a acheté à ses risques et périls, il ne pourrait ni demander la nullité de la vente, ni réclamer, au cas où l'absent de retour viendrait à

l'évincer, aucune indemnité (art. 1629 et 1997 C. civ.). Devenu l'ayant-cause de l'envoyé, soumis aux mêmes obligations, il ne pourrait prescrire contre l'absent, et demeurerait responsable, comme l'envoyé lui-même, des dégradations qu'il pourrait commettre sur les biens acquis, car les droits qui lui ont été transmis l'obligent tant que durera la situation de l'envoi provisoire, à se borner à des actes d'administration.

66. L'hypothèse la plus fréquente sera celle où l'envoyé aura aliéné l'immeuble de l'absent comme s'il eût été dès actuellement le sien.

Le retour de l'absent, entraîne la nullité de la vente, avec toutes les conséquences de droit (art. 1626 et suiv.) contre l'envoyé qui se trouve avoir aliéné la chose d'autrui. Si l'on atteint l'époque d'envoi définitif sans nouvelle de l'absent, la vente se trouve avoir été valable *ab initio*. Mais admettrons-nous pendant la période d'incertitude de l'envoi provisoire, soit l'acquéreur, soit l'envoyé lui-même à demander la nullité de cette aliénation?

L'envoyé pourrait sans doute soutenir qu'à côté de son rôle de vendeur garant de son fait personnel, il a la qualité d'administrateur du patrimoine de l'absent, et comme tel le devoir de veiller à la conservation des biens qui lui sont confiés. S'il ne peut en son propre nom évincer son acheteur, il peut exerçant l'action qui compéterait à l'absent, demander la nullité de la vente. C'est ainsi que le tuteur peut poursuivre la nullité de l'aliénation qu'il a consentie des biens de son pupille, le mari la nullité de la vente du fonds dotal.

Cette objection ne nous paraîtrait pas fondée. L'aliénation consentie par le tuteur ou le mari est, sans

contestation possible, une vente de la chose d'autrui, sa nullitté n'est pas douteuse. Quand l'envoyé aliène un bien de l'absent, assurément il outrepasse ses droits, il engage sa responsabilité, mais qui sait si ce n'est pas sa propre chose qu'il a aliénée. Pour qu'il y ait nullité de la vente, il faudrait établir l'existence de l'absent, et c'est à l'envoyé lui-même qu'incomberait la charge de cette preuve (Cass. 3 août 1829). Nous refuserions également le droit à l'envoyé d'agir au nom de l'absent pour interrompre la prescription qui courrait au profit de son acquéreur. Comme vendeur il répond de ses faits personnels, toute convention contraire est nulle, il ne peut donc évincer celui à qui il doit garantie (art. 1628 C. civ.). S'il a engagé sa responsabilité, c'est à ses risques et périls, et on ne peut lui accorder le droit de revenir lui-même indirectement contre l'engagement personnel qu'il a contracté (art. 1134 C. civ. Aubry et Rau, t. I, p. 611.).

Nous n'accorderons pas davantage à l'acquéreur le droit d'invoquer la nullité de la vente. S'il a connu la qualité de l'envoyé, la solution n'est pas contestable, mais nous l'étendrons même au cas où l'acquéreur a ignoré qu'il s'agissait d'un bien d'absent. Il n'y a pas, nous le répétons, vente de la chose d'autrui, tant qu'on n'apporte pas la preuve de l'existence de l'absent : cette preuve c'est maintenant à l'acquéreur de la fournir. Il ne peut donc invoquer que l'éventualité d'une éviction ; circonstance qui lui donne le droit de suspendre le paiement du prix (art. 1653, C. civ.), mais non de demander la nullité de la vente. Nous réservons, bien entendu, le cas où l'ignorance de l'acheteur sur la provenance des biens acquis, eût

été le résultat de manœuvres frauduleuses de la part de l'envoyé. (art. 1116 C. civ.).

67. Si l'envoyé provisoire a hypothéqué en son propre nom un immeuble de l'absent, nous déciderons, pour les mêmes motifs, qu'il ne sera pas recevable à demander la nullité de cette hypothèque. L'art. 2125 C. civ. sera applicable, et nous considérerons l'hypothèque comme consentie sous la condition qui affecte le droit de l'envoyé lui-même.

Mais nous ne reconnaîtrons pas au créancier hypothécaire le droit de faire saisir et vendre les biens de l'absent. Sans doute nous avons soutenu que la vente consentie par l'envoyé ne serait pas radicalement nulle, nous avons écarté sa prétention quand il voulait lui-même en invoquer la nullité, et l'on serait tenté de nous objecter que le créancier a le droit de faire en son nom ce qu'il aurait pu faire lui-même. Rien ne s'opposerait donc à ce que l'on poursuivît l'expropriation, l'adjudicataire se trouverait alors dans la situation que nous avons attribuée à l'acheteur, c'est-à-dire substitué au droit éventuel de l'envoyé.

L'espèce n'est pas la même, pour parvenir à l'expropriation il faut le concours de la justice. Nous ne pouvons admettre qu'en prononçant l'adjudication, le Tribunal sanctionne ainsi une aliénation illicite, et prête son concours et son autorité à un acte qui dépasse les pouvoirs légaux de l'envoyé.

Le seul droit du créancier, c'est de faire inscrire son hypothèque, et de s'assurer ainsi une situation préférable sur les créanciers postérieurs de l'envoyé.

Nous accorderons le même droit, restreint dans les mêmes limites, à tous les créanciers de l'envoyé qui

pourraient avoir sur ses biens une hypothèque judiciaire ou légale (Rouen, 22 juillet 1840).

En résumé, nous dirons qu'entre les tiers, et sauf le droit de l'absent, le véritable caractère des actes soit de vente, soit d'hypothèque, consentis par l'envoyé, est celui que détermine l'art. 2125 C. civ., qu'ils sont non pas nuls, mais incertains et conditionnels suivant que l'absent reparaîtra ou non ; qu'ils suivent en un mot toutes les chances du droit de celui dont ils procèdent.

68. L'acquéreur d'un bien appartenant à l'absent pourra prescrire, par 30 ans s'il a connu la qualité de l'envoyé, par 10 et 20 ans dans le cas contraire (art. 2262, 2265, Valette sur Proudhon, t. I, p. 346). La prescription court contre toute personne (art. 2251) et aucune exception n'a été faite en faveur des absents[1].

68 *bis*. En ce qui concerne la combinaison des règles de la prescription avec celles de l'absence, quelques difficultés pourront se présenter.

Nous supposons que la prescription est invoquée soit par un débiteur soit par un tiers qui aurait acquis *a non domino* un bien de l'absent ; il convient de rechercher contre qui la prescription aura couru. Il se peut en effet que l'envoyé provisoire soit mineur tandis que l'absent sera majeur ou réciproquement ; la prescription sera donc suspendue ou bien suivra son cours, suivant qu'elle courra contre l'un ou l'autre.

Si l'absent reparaît, nous admettrons que c'est contre

[1] Une loi toute spéciale du 6 brumaire an V avait suspendu la prescription en faveur des défenseurs de la patrie.

lui, que la prescription aura couru ; il pourra donc invoquer les causes de suspension qui lui sont personnelles, mais non celles qui sont personnelles à l'envoyé. Celui-ci a en effet été un administrateur, et c'est uniquement à l'égard de celui dont les affaires ont été administrées qu'il est possible de juger si la prescription a été ou non suspendue. On objectera que les envoyés provisoires étant responsables des prescriptions qu'ils laissent acquérir, ne seront pas protégés par leur incapacité, si cette incapacité n'empêche pas de courir contre l'absent une prescription dont l'effet doit en définitive retomber sur eux. L'argument ne nous touche pas. L'art. 2252 en protégeant les mineurs et les interdits contre l'effet de la prescription invoquée contre eux a voulu les garantir d'un dommage immédiat. Dans notre espèce le préjudice ne se produit que médiatement à leur égard, la cause directe en est dans l'acceptation du mandat que la loi leur conférait. L'absent ne pourra donc pas invoquer la minorité de l'envoyé.

Mais si l'absent ne reparaît pas, et si l'action est intentée par l'envoyé, c'est à notre avis la personne de cet envoyé qu'il conviendra de prendre en considération.

M. Duranton soutient au contraire (t. I, n° 495) que l'absent étant le véritable adversaire des tiers, c'est uniquement à lui qu'il faut avoir égard pour décider si la prescription aura été ou non suspendue. L'envoyé provisoire n'est toujours qu'un dépositaire avec mandat, il n'est réellement point l'adversaire des tiers. Or, si la prescription pouvait être opposée à l'absent au cas où lui-même formerait la demande, elle doit

être opposable également à son mandataire, le fait de l'absence n'a point modifié la situation.

Cette solution nous semble inacceptable. Si l'envoyé est majeur, il serait étrange qu'il pût invoquer la minorité de l'absent, puisque c'est en invoquant la présomption de sa mort qu'il a obtenu l'envoi provisoire. Si, au contraire, il était mineur, le tiers ne serait pas fondé à se prévaloir de la majorité de l'absent puisqu'il n'apporte pas la preuve de son existence (Demolombe, t. II, n° 139. Valette sur Proudhon, t. I, p. 289; Rennes, 13 mars 1862; Metz, 10 août 1864).

Mais dans tous les cas, nous reconnaîtrons au débiteur ou, le cas échéant, à l'envoyé provisoire le droit de faire devant le Tribunal des réserves expresses pour l'éventualité du retour de l'absent (Aubry et Rau, t. I, p. 61, note 28).

69. Quels seront les droits des envoyés héritiers réservataires, vis-à-vis des tiers donataires de l'absent? S'il s'agit de légataires ou de donataires de biens à venir, la question ne saurait être douteuse, les libéralités dépassant les limites de la quotité disponible pourront être réduites. Ces biens figurent, en effet, dans le patrimoine de l'absent, ils seront compris dans l'envoi en possession. Quand les donataires ou légataires viendront en demander la délivrance, ils invoqueront la présomption de mort de l'absent, et devront nécessairement accepter toutes les conséquences de cette fiction. Les envoyés réservataires invoqueront donc avec succès l'application des art. 920 et 1090 C. civ. pour faire réduire les dispositions qui portent atteinte à leur réserve.

S'il s'agit de donataires de biens présents, la question soulève les plus graves difficultés.

Aux termes des art. 120 et 123, dès que la déclaration d'absence a été prononcée, l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès de l'absent est ouvert aux intéressés. Or telle est bien la nature du droit de l'héritier réservataire, donc dès cette époque il pourra l'exercer. L'équité, du reste, impose cette solution ; on ne saurait admettre qu'un donataire conservât en entier les biens que lui a donnés l'absent alors que sa fortune était florissante, tandis qu'aujourd'hui, peut-être, ses enfants se trouvent dans la plus absolue misère. D'ailleurs, si l'on n'admet pas l'exercice de l'action en réduction à l'époque de l'envoi provisoire il faudra, pour être logique, reconnaître qu'elle n'aura jamais lieu. A quel moment autoriser les héritiers à l'exercer ? A l'envoi définitif ? Mais la succession véritable ne s'ouvre pas davantage à cette date qu'à celle de l'envoi provisoire ; l'envoi définitif ne fait naître aucun droit nouveau, nous l'avons plusieurs fois reconnu, il ne fait que consolider entre les mains des envoyés provisoires les droits conditionnels qui leur étaient conférés, il s'applique aux mêmes personnes et comprend les mêmes biens. L'analogie des termes employés dans les articles 120, 123 et 129 est frappante, et si l'on prétend invoquer les deux premiers pour soutenir que l'envoi provisoire ne peut rigoureusement s'appliquer qu'aux biens de l'absent, à l'époque de la disparition, il faudra, en présence de l'art. 129, admettre qu'il en sera de même de l'envoi définitif. Il faut donc repousser à toute époque l'action en réduction, ou en accorder l'exercice aux héri-

tiers dès l'envoi provisoire (Demante, t. I, n° 152 *bis*).

Ces arguments sont graves, toutefois nous n'avons pu accepter la doctrine qu'ils consacrent.

Sans doute l'envoi provisoire ouvre immédiatement l'exercice de tous les droits subordonnés au décès ; mais sur quels biens peuvent s'exercer ces droits? *Sur les biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ;* le texte est formel. Or il est incontestable que les biens donnés entre vifs par l'absent ne lui appartenaient plus, on ne peut donc les comprendre dans l'envoi provisoire.

La différence établie par la loi entre la condition des biens possédés par un tiers et celle des biens possédés par l'absent est, du reste, facilement justifiable. Ces derniers sont abandonnés, personne pour les exploiter, pour les faire valoir, il est tout naturel qu'ils soient confiés à ceux qui, à défaut de l'absent, en deviendraient propriétaires. Les autres, au contraire, sont entre les mains des donataires dont la gestion ne saurait être suspectée ; nulle nécessité, quant à eux d'en ordonner l'envoi provisoire. Qui donc pourrait s'opposer à l'attribution qui est faite aux héritiers des biens délaissés par l'absent ? Personne, puisque la loi les remet à ceux qui en seront propriétaires à la mort de l'absent. Les donataires sont, au contraire, fondés à combattre la prétention des héritiers présomptifs ; c'est seulement à l'époque du décès que prend naissance l'action en réduction. Ceux donc qui veulent l'invoquer doivent commencer par prouver la première condition de l'exercice de leur droit.

Objectera-t-on que la loi elle-même établit en faveur des héritiers une présomption de mort ? Nous nous

sommes déjà expliqué sur ce point. Cette fiction n'existe que contre l'absent et dans ses rapports avec les envoyés ; elle n'a pas d'effet dans les rapports avec les tiers au profit de l'envoyé.

Sans doute encore, la déclaration d'absence ouvre provisoirement la succession de l'absent, mais cette comparaison n'est exacte que dans les rapports des envoyés entre eux, ou dans leurs rapports avec les tiers quand il s'agit de l'exercice d'une action déjà existante au profit ou contre l'absent. Mais la déclaration d'absence ne peut faire naître contre les tiers aucun droit nouveau.

N'est-il pas naturel, d'ailleurs, qu'entre deux personnes, dont l'une, le donataire, a un droit actuel et certain, et l'autre, l'envoyé, un droit éventuel et incertain, on se décide en faveur du premier ?

Assurément la position malheureuse des héritiers, en présence d'un donataire conservant les biens qu'il serait tenu de restituer au décès, pourra quelquefois présenter un contraste qui blesse l'équité. Mais ne pourrait-on pas craindre, en voulant éviter cet écueil, d'ouvrir la porte à une fraude dont les dangers ne seront pas moins graves. Un donateur, voyant approcher la ruine, se concertera avec ses enfants pour leur permettre de recouvrer une partie des biens qu'il a donnés. Il disparaîtra, se cachera, ses enfants feront déclarer son absence, et le donataire, peut-être même un tiers détenteur, se trouvera victime d'une fraude qu'il sera dans l'impossibilité de déjouer.

L'article 120 n'exige de caution des envoyés qu'en faveur de l'absent. Les donataires dépouillés n'auront pas le droit d'en exiger pour le cas du retour de l'ab-

sent. N'est-ce pas leur créer une situation bien défavorable? D'autre part, obliger l'envoyé à fournir caution, ce serait suppléer aux dispositions de la loi.

Enfin, comment règlera-t-on l'attribution des fruits? Si l'absent revient, appliquera-t-on à l'encontre des donataires les dispositions de l'article 127? On conçoit ce salaire prélevé sur les revenus des biens abandonnés par l'absent au profit de ceux qui les ont administrés. Mais comment justifier cette retenue au détriment des donataires qui ont été dépouillés sans droit?

Nous nous trouvons conduit à refuser aux envoyés provisoires l'action en réduction contre les donataires. (Comp. Orléans, 17 janvier 1862; Civ. rej., 23 janvier 1865; Aubry et Rau, t. I, p. 613; Demolombe, t. II, n° 140; Caen, 24 février 1872.)

Cette action ne peut être indéfiniment écartée; aussi en admettrons-nous l'exercice lors de l'envoi définitif. Mais nous nous heurtons ici à l'objection fondamentale de la doctrine que nous combattons; nous croyons cependant possible de la réfuter.

L'envoi définitif, dit-on, n'attribue aux envoyés aucun droit nouveau, c'est la confirmation à titre définitif des droits qui leur sont conférés à titre provisoire depuis la déclaration d'absence. Il porte sur les mêmes biens, s'applique aux mêmes personnes. Il n'est pas plus exact de prétendre qu'il y a véritablement ouverture de la succession lors de l'envoi définitif, qu'au jour de l'envoi provisoire. Il faut donc logiquement en conclure que l'action en réduction ne sera jamais possible.

L'argument est d'autant plus grave, que nous-même en avons tiré profit pour démontrer que les

envoyés provisoires pouvaient se contraindre réciproquement au rapport.

Cependant on ne peut retarder indéfiniment l'exercice de l'action en réduction. Nous avons démontré qu'il était impossible de l'admettre à l'époque de l'envoi provisoire, il faut nécessairement l'autoriser au moment de l'envoi définitif.

Dans l'ancien droit, l'action en réduction contre les donataires était admise lorsqu'il s'était écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent. (Parlement de Paris, 13 juillet 1654, Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. I, section 1re, nº 7.) Notre Code a placé sur la même ligne les effets résultant des cent ans révolus depuis la naissance ou des trente ans écoulés depuis l'envoi provisoire (art. 129). Il faut enfin remarquer que si l'envoi provisoire n'ouvre aucun droit contre les tiers au profit des envoyés, il n'en est pas de même de l'envoi définitif. C'est ainsi que l'époux commun en biens qui, pendant toute la période d'envoi provisoire, peut écarter les prétentions des héritiers présomptifs, se voit, au contraire, sacrifié à leur profit dès l'époque de l'envoi définitif. Nous sommes donc autorisé à dire qu'à cette époque prennent naissance des droits qui n'existaient pas au moment de l'envoi provisoire (art. 124 C. civ.).

Nous ferons observer, du reste, pour écarter le reproche de contradiction que l'on pourrait être tenté de nous adresser qu'en autorisant les envoyés provisoires à contraindre leurs cohéritiers au rapport, nous avons été guidé par une considération puissante qui n'existe plus ici. L'héritier, pour obtenir l'envoi en possession, invoque la présomption de mort de l'absent, il serait

mal fondé à repousser cette fiction pour écarter la demande de rapport dirigé contre lui. Le donataire, au contraire, prétend rester absolument étranger à la dévolution du patrimoine de l'absent ; tant que le décès n'est pas prouvé, il est à l'abri de toute poursuite, il est donc naturel que nous repoussions ici la demande de l'héritier qui ne peut fournir la preuve de l'évènement qui donne naissance à ses droits.

Nous n'accorderons donc pas l'action en réduction à l'envoyé provisoire, mais comme il est indispensable qu'elle prenne naissance à un moment quelconque, c'est à l'envoi définitif que nous en fixerons l'exercice.

En raison de ce principe, que l'envoi provisoire n'ouvre aucun droit nouveau contre les tiers, nous avons déjà été amené à reconnaître que les acquéreurs des biens dont l'absent était propriétaire sous la condition résolutoire de son prédécès seraient, jusqu'à l'envoi définitif, à l'abri de toute poursuite.

70. Quelques hypothèses nous restent à examiner pour terminer l'exposé des rapports entre les envoyés provisoires et les tiers. Nous les parcourrons rapidement.

On peut se demander si un acte sous seing privé consenti par l'absent serait susceptible d'acquérir date certaine, par suite de la déclaration d'absence. La jurisprudence est presque unanime pour considérer l'art. 1328 C. civ. comme limitatif (Cass. 27 mai 1833; Pau, 18 février 1857). Nous croyons cette doctrine parfaitement justifiée, puisque les parties auront toujours eu la possibilité de donner une date certaine à l'acte dont elles veulent se prévaloir, en le faisant

enregistrer. Un tiers ne serait donc pas recevable à invoquer la présomption de mort résultant de la déclaration d'absence, comme rentrant dans les éventualités prévues par l'article 1328.

71. L'absent pouvait être créancier d'une rente viagère. Les envoyés provisoires seraient sans droit pour en réclamer les arrérages. Aux termes de l'art. 1983 la preuve de l'existence du créancier doit être fournie au débiteur, la solution que nous proposons ne peut donc être mise en doute. Nous admettons cependant l'envoyé à faire toutes les diligences nécessaires pour interrompre la prescription tant de la rente elle-même que des arrérages.

71 *bis*. L'absent pouvait avoir contracté une police d'assurances sur la vie. Les envoyés provisoires seraient-ils fondés à invoquer contre l'assureur la présomption de mort de l'absent pour réclamer le bénéfice de l'assurance? Nous ne le pensons pas. Il est en effet constant qu'il faut faire la preuve et la notification à l'assureur de l'événement qui rend l'indemnité exigible (Alauzet t. II, p. 487). En notre hypothèse cette preuve est impossible. La présomption de mort est sans effet à l'égard des tiers, l'envoi provisoire n'ouvre aucun droit nouveau contre eux.

On a soutenu, en invoquant à l'appui de cette opinion la jurisprudence anglaise, que les tribunaux auraient pouvoir de peser les probabilités de mort de l'absent et de décider suivant les circonstances, si le montant de l'assurance serait exigible ou non (de Montluc, p. 212). Cette doctrine ne repose sur aucune base juridique.

La plupart des auteurs enseignent que le paiement

de l'indemnité pourrait être exigé après l'envoi définitif (Ruben de Couder, p. 777. Grün et Joliat, p. 408. Vibert, p. 138). Tel est également notre sentiment. Mais il convient d'observer que dans la plupart des cas, les envoyés plutôt que de payer pendant 30 ans le montant des primes, auront tout intérêt à user du droit qui appartenait à l'assuré de racheter la police.

72. Nous devons enfin supposer le cas où l'absent faisait partie d'une société. La présomption de mort étant sans effet à l'égard des tiers, nous ne voyons pas dans la disparition de l'un des associés une cause engendrant *de plano* la dissolution de la société. Nous trouverons du reste dans les dispositions des articles 1869 et 1871 C. civ., selon que la société sera illimitée ou à terme, une garantie suffisante pour sauvegarder les intérêts des co-associés. Les tribunaux apprécieront selon les circonstances s'il y a lieu ou non de dissoudre la société. Nous avons en notre faveur un argument d'analogie à tirer de l'art. 124 qui permet à l'époux commun en biens, c'est-à-dire à un associé, de continuer la communauté malgré la disparition de son conjoint.

Section 6e. — *Comment l'envoi en possession provisoire prend fin.*

73. Nous croyons avoir épuisé l'examen des questions les plus importantes qui peuvent se trouver soulevées pendant l'envoi provisoire; nous devons résumer en quelques mots les événements qui mettront fin à cette deuxième période de l'absence.

L'envoi provisoire cessera :

1° Par le retour de l'absent : nous avons vu que les envoyés seront tenus de lui rendre compte de leur administration, lui restituer tous ses biens, en réservant toutefois la portion de revenus à laquelle leur donne droit l'art. 127 ;

2° Par la réception de ses nouvelles : on retombe alors dans la présomption d'absence, et toutes les mesures prévues pour cette période redeviennent applicables (art. 112 et 113 C. civ.);

3° Par la preuve de son décès : si les envoyés provisoires se trouvaient être les plus proches héritiers à cette date, leur situation se trouve définitivement consolidée. Dans le cas contraire les héritiers véritables poursuivront contre eux la restitution du patrimoine de l'absent ;

4° Par l'envoi en possession définitif qui sera prononcé 30 ans après l'envoi provisoire, ou s'il s'est écoulé 100 ans révolus depuis la naissance de l'absent.

Cette dernière hypothèse ne rentre pas dans les limites de notre étude.

CHAPITRE II

ADMINISTRATION LÉGALE DE L'ÉPOUX COMMUN EN BIENS.

SECTION 1re. — *Dans quels cas cette administration légale peut avoir lieu.*

74. L'absence la plus longue, se fût-elle prolongée au-delà de 100 ans à partir de la naissance de l'absent, ne peut jamais avoir pour effet de dissoudre le mariage ; l'époux présent ne pourra jamais tant qu'il n'apporte pas la preuve du décès de son conjoint, contracter une nouvelle union. Telle était la règle admise dans notre ancien droit, telle est encore la règle adoptée par notre code. Un article du projet permettait au conjoint présent de se remarier dans le cas où l'absent serait centenaire, il a été expressément rejeté. « Des vraisemblances, des probabilités, si puissantes » qu'on les suppose, dit M. Demolombe, ne peuvent » suffire pour opérer la rupture d'un tel lien, et quelque » fâcheuse que puisse être la position de l'époux pré- » sent, ainsi retenu dans une sorte de veuvage indé- » fini, le bon ordre, la morale publique, c'est-à-dire » l'intérêt suprême de la société s'opposaient à une » dissolution qui n'aurait pu être que définitive, et qui

» par cela même serait devenue la source d'erreurs et » de scandales déplorables.» Ces raisons nous sembleraient péremptoires dans une législation qui admettrait l'indissolubilité absolue du mariage, mais du moment où les législateurs introduisaient le divorce dans nos lois, il nous eût semblé naturel et logique qu'ils fissent de l'absence prolongée au-delà de certaines limites une cause de divorce pour l'époux présent.

L'examen de cette question nous entraînerait au dehors du cadre de notre étude; reconnaissons donc simplement l'existence de notre règle qui ne comporte pas d'exception; quelle que soit la durée de l'absence, le mariage subsiste.

75. Comme corollaire nécessaire de cette situation faite au conjoint présent, il eût semblé logique de maintenir également le contrat accessoire du mariage, réglant les intérêts pécuniaires des époux. Mais tel n'est pas le système de la loi; dès que la déclaration d'absence a été prononcée, les conventions matrimoniales tombent, et tous les intéressés ayant des droits subordonnés au décès de l'absent, sont appelés à les faire valoir.

Une exception toutefois est faite en faveur de l'époux commun qui peut, jusqu'à l'époque de l'envoi définitif, paralyser tous les droits des divers intéressés, et demander la continuation de la communauté.

Pourquoi cette règle générale, pourquoi cette exception? Il est difficile d'en trouver une explication satisfaisante.

Cette dissolution des conventions matrimoniales s'expliquerait à la rigueur dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. En

effet, les fortunes de chacun sont distinctes, l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers de l'absent n'enlève aucun droit à l'époux présent. S'il perd les revenus pris sur le patrimoine de l'absent pour contribuer aux charges du ménage, c'est que ces charges elles-mêmes n'existent plus.

Mais si les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal, la rigueur de la loi ne se comprend plus. A quel titre obliger le mari à restituer aux héritiers les biens personnels de la femme, dont il avait la jouissance en vertu de son contrat de mariage ?

Nous avons reconnu plusieurs fois que l'envoi provisoire ne conférait contre les tiers aucun droit nouveau aux envoyés ; on ne devait donc pas leur accorder contre le mari, un droit que la femme elle-même n'aurait pas. Le but de l'envoi provisoire n'est-il pas d'ailleurs de remettre en mains sûres l'administration des biens laissés par l'absent? Dans notre cas le patrimoine de l'absent n'est pas en péril, puisqu'il est administré par un mandataire que lui-même a choisi, dont il a sanctionné les pouvoirs dans un contrat solennel.

On explique la disposition de l'art. 124 en faveur de l'époux commun par l'intérêt même que trouvera l'absent à ce que l'administration de ses biens soit concentrée dans une seule main. Mais ce motif même, s'il est exact, s'appliquerait avec une force égale au régime exclusif de communauté et au régime dotal. Pour nous d'ailleurs l'art. 124 a eu pour but de favoriser le conjoint présent beaucoup plus que l'absent, le législateur a compris combien peu serait équitable cette

dissolution des conventions matrimoniales alors que le mariage reste debout, combien la situation de l'époux présent serait déplorable et précaire si on lui imposait la restitution immédiate des biens sur lesquels il avait droit de compter tant que vivrait son conjoint. Si cette explication est fondée on ne conçoit pas davantage pourquoi le législateur a restreint cette disposition au seul régime de communauté.

On a tenté toutefois de justifier cette anomalie de la loi : « Le législateur a voulu, dit-on, que cette faveur » fût commune aux deux époux, et il n'y a que le ré- » gime de communauté sous lequel il en puisse être » ainsi ; car, pour obtenir l'administration légale, pré- » férablement aux héritiers, la femme ne peut avoir » d'autre titre que sa qualité d'associée ; elle ne pourrait » donc y prétendre si elle avait été mariée sans com- » munauté ; et dès lors en demandant le maintien des » choses comme auparavant, elle ne solliciterait qu'un » état de privation pour elle-même puisque sa dot ne » devrait pas lui être restituée. » (Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 314.)

Cette explication n'explique rien ; assurément si la femme, en demandant le maintien des conventions matrimoniales, obtient l'administration des biens de son mari absent, ce ne peut être en sa qualité de femme commune ; ce droit est une pure concession de la loi, et ce que le législateur a fait en ce cas pour elle, il eût pu le faire sous tout autre régime. De plus cet état de privation que la femme mariée sur tout autre régime que celui de communauté, s'imposerait, en demandant la continuation de ses conventions matrimoniales, ne l'impose-t-on pas au mari présent en le forçant à res-

tituer les biens dont le contrat de mariage lui attribuait la jouissance.

Ne cherchons donc pas une justification impossible à fournir de l'art. 124, et reconnaissons plutôt que les rédacteurs du Code, incertains, à l'époque où ils traitaient la matière de l'absence, des dispositions qu'ils adopteraient pour le règlement des conventions matrimoniales, se sont uniquement préoccupés du régime de communauté. Signalons la lacune et souhaitons-en la réforme.

76. Dans tous les cas si l'époux présent, non commun en biens, se trouvait dans le besoin, il ne nous paraît pas douteux qu'il pût réclamer et obtenir des secours de la part des envoyés provisoires. Cette solution a pourtant été contestée. La loi, dit-on, considère que s'il n'existe pas d'enfants du mariage, les charges, par suite, n'existent plus, l'époux présent n'a plus qu'à pourvoir à ses besoins personnels pour lesquels ses biens propres doivent suffire; si, au contraire, il existe des enfants, l'époux présent à la jouissance légale des biens qui leur appartiennent par conséquent de ceux de l'absent, il pourra donc continuer à subvenir aux charges du mariage (Duranton, t. I, n° 452).

Mais nous supposons précisément que l'époux présent n'a pas de biens personnels, ou tout au moins n'en a que d'insuffisants. N'est-il pas alors légitime qu'il puisse agir en vertu des droits d'assistance réciproque qui existent entre époux, et invoquer l'art. 212 C. civ. Les envoyés provisoires possèdent au nom de l'absent, il est juste qu'ils remplissent les obligations qui seraient à la charge de ce dernier. D'ailleurs le mariage n'est pas dissout, le conjoint présent ne peut

se marier, il faut donc que les devoirs qui sont nés de l'union qu'il avait formée, durent autant que cette union.

On a été jusqu'à soutenir que l'époux présent pourrait, en vertu de l'article 1537, se faire allouer le tiers du revenu des biens dont les héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi en possession. Nous n'irons pas jusque là, le contrat de mariage est provisoirement dissout, l'époux présent ne peut s'en faire un titre.

77. Si l'article 124 ne s'applique qu'à l'époux commun en biens, il est toutefois généralement reconnu qu'il doit être étendu à tous les cas où il y aura communauté : ainsi à la communauté conventionnelle et à la communauté d'acquêts, stipulée en même temps que le régime dotal (Aubry et Rau, t. I, p. 615, Demolombe, t. I, n° 276).

Un cas présente quelques difficultés, c'est celui où l'époux absent avait exclu de la communauté certains biens, même pour la jouissance, ou bien, car l'espèce est la même, si la femme absente, mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, avait des paraphernaux. D'après Marcadé (article 124, n° 15) l'option pour la continuation de la communauté n'aura d'effet que pour les biens composant cette société d'acquêts, quant aux paraphernaux ils resteront soumis à toutes les règles ordinaires de la déclaration d'absence ; quand deux régimes matrimoniaux sont combinés, il ne faut faut pas que l'un domine l'autre et l'efface pour servir seul de point de départ. Il faut plutôt reconnaître que les époux sont à la fois dotaux et communs et qu'il doit y avoir simultanéité de l'envoi provisoire au profit des

divers ayant-droit et de l'administration légale de l'époux.

On fait à cette doctrine l'objection qu'elle conduit à considérer l'absent comme vivant eu égard à certains biens et mort eu égard à certains autres. Cette critique nous toucherait peu, car cette contradiction ne serait pas plus singulière que celle formellement consacrée par la loi qui présume la mort de l'absent dans ses rapports avec certaines personnes, et sa vie dans ses rapports avec certaines autres. Nous préférons faire observer qu'aux termes de l'article 124, l'époux présent peut empêcher l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés aux décès de l'absent, et qu'aucune exception n'est faite pour les paraphernaux ; qu'enfin l'article 129 paraît tout aussi général quand il suppose que c'est seulement à l'époque de l'envoi définitif que les divers intéressés pourront demander le partage des biens de l'absent.

Si nous tenons compte d'ailleurs de l'esprit de la loi, nous admettons sans peine que la concentration de tous les biens de l'absent aux mains d'un seul administrateur est absolument conforme au vœu du législateur.

Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que les rédacteurs du Code n'ont très vraisemblablement pas prévu l'espèce dont nous nous occupons. Mais comme nous avons suffisamment démontré l'erreur commise par la loi, en restreignant ainsi les cas d'administration légale de l'époux présent, nous n'hésitons pas à étendre le plus possible l'application de l'article 124 à toutes les hypothèses où nous ne rencontrons pas un texte formel qui s'y oppose.

Section 2e. — *Des effets de l'administration légale.*

Nous venons d'exposer dans quels cas peut avoir lieu l'administration légale, nous devons rechercher quels seront les effets de l'option de l'époux présent, suivant le parti auquel il s'arrêtera, soit qu'il demande la continuation de la communauté, soit qu'il opte pour la dissolution.

1° *Option pour la continuation provisoire de la communauté.*

L'art. 124 C. civ. embrasse dans la disposition par laquelle il donne à l'époux présent le droit exclusif d'administrer la communauté en optant pour la continuation, aussi bien l'hypothèse de l'absence du mari que de l'absence de la femme.

De là les termes *prendre* et *conserver* dont se sert le législateur. La femme, lorsque son mari est déclaré absent, *prend* une administration qu'elle n'avait pas, le mari *conserve* une administration qui lui appartenait déjà en vertu des conventions matrimoniales.

78. La loi est muette sur les formalités qui seront imposées à l'époux présent pour faire connaître son option. Cette lacune n'entraîne pas du reste de sérieuses difficultés. S'il s'agit du mari il notifiera sa détermination aux divers intéressés, ou bien interviendra à l'instance d'envoi provisoire pour s'opposer à ce qu'il soit prononcé. Quant à la femme elle devra pour

prendre une semblable décision obtenir au préalable l'autorisation de justice ; elle reste toujours considérée comme femme mariée, et cet acte dépasse évidemment les limites de sa capacité.

§ 1. — Absence de la femme.

79. Le mari qui opte pour la continuation de la communauté demeure seul administrateur légal des biens de communauté. Il conserve les droits que lui attribuait sa qualité de chef de la société conjugale. Nous lui reconnaîtrons donc le droit d'aliéner, d'hypothéquer les biens sans le concours des héritiers de la femme, comme il pouvait le faire sans le consentement de celle-ci lorsqu'elle était présente. Malgré les dispositions restrictives de l'article 128, cette solution ne nous semble pas contestable. Si le mari n'avait pas la faculté d'aliéner, on ne pourrait plus dire qu'il y a continuation de la communauté, ce serait un contrat nouveau qui aurait pris naissance. D'ailleurs, l'article 128 interdit l'aliénation des immeubles de l'absent, or, l'on ne saurait prétendre que les biens de communauté dépendent du patrimoine de la femme. Enfin, si la déclaration d'absence avait pour résultat de modifier les pouvoirs du mari, la loi n'aurait pas manqué de la soumettre à la même publicité qu'elle exige lorsqu'un jugement de séparation de biens vient changer les conventions matrimoniales. Rien ne s'oppose donc à ce que le mari puisse aliéner. De même nous l'admettrons à disposer à titre gratuit des meubles et des immeubles sous les distinctions établies par l'article 1422 C. civ. et les héritiers de la femme n'auront

aucun droit de critiquer ces actes de disposition.

Nous pensons toutefois que cette faculté d'aliéner les biens de communauté ne protègera réellement que les tiers; quant au mari sa responsabilité pourrait être engagée vis-à-vis des héritiers de la femme, soit que par la preuve fournie du décès de la femme il demeure établi que l'aliénation a été postérieure à ce décès, soit que l'administration légale venant à cesser par l'effet de l'envoi définitif, la communauté ne se trouve rétroactivement dissoute à l'époque de la disparition ; le mandat du mari aura été résolu *in prœteritum*. Dès l'une ou l'autre de ces époques il est devenu comptable comme tout autre administrateur des biens d'un absent envers les héritiers de la femme, et ceux-ci nous paraissent fondés à lui réclamer la moitié, non pas du prix de la vente, mais de la valeur réelle du bien aliéné. Quant aux tiers ils sont évidemment à l'abri de toute recherche ; à leur égard le mari avait qualité, apparente au moins, pour aliéner, et ils ont ignoré la révocation de son mandat (art. 2009, C. civ., Proudhon, t. I, p. 318; Aubry et Rau, t. I, p. 619).

Bien que cette doctrine soit combattue par M. Demolombe (t. II, n° 285), elle nous semble incontestable. Nous en trouvons la preuve dans la concession même que le savant jurisconsulte est obligé de nous faire. Il est en effet contraint de reconnaître que le mari n'aura pu donner, même à titre particulier, des effets mobiliers de la communauté au préjudice des héritiers de la femme. Nous ne voyons pas la possibilité de justifier cette différence entre l'aliénation à titre gratuit et l'aliénation à titre onéreux. qui toutes deux cepen-

dant, rentraient dans les pouvoirs du mari comme chef de la communauté.

80. Par son option, le mari conserve également l'administration des biens personnels de la femme. Nous avons vu ci-dessus qu'il prendrait encore l'administration qu'elle se serait réservée relativement à une partie de ses biens comme ses paraphernaux sous le régime dotal.

A l'égard de ces biens, les pouvoirs du mari ne sont pas plus étendus que ceux d'un envoyé en possession provisoire ; et par suite il a les mêmes droits et les mêmes devoirs que lui. Ainsi sera-t-il tenu de faire procéder à l'inventaire des titres et du mobilier de la femme absente en présence du procureur de la République (art. 126).

L'assistance des héritiers n'est pas nécessaire pour la confection de cet inventaire, puisque la présence du procureur de la République offre une protection suffisante des intérêts de l'absent ; ils auraient cependant le droit d'y intervenir, mais tous les frais qu'occasionnerait leur présence resteraient sans doute à leur charge.

Nous examinerons plus loin si le mari est également tenu de faire inventaire du mobilier de la communauté et s'il doit donner caution.

§ 2. Absence du mari.

81. Les droits de la femme présente sont moins étendus que ceux attribués au mari. Elle ne puise ses pouvoirs que dans sa qualité d'administrateur légal et elle restera soumise dans son administration de la com-

munauté à toutes les obligations des envoyés en possession provisoire. Mais sa capacité sera restreinte encore par sa qualité de femme mariée ; l'absence n'a pas relâché les liens du mariage.

N'ayant que les droits accordés aux envoyés provisoires, la femme ne pourra ni aliéner ni hypothéquer les immeubles communs (art. 128). Toutefois ces actes pourraient être autorisés par le Tribunal en cas de nécessité.

Il faut remarquer que l'aliénation consentie sans autorisation par la femme sera nulle, mais qu'ici contrairement à ce que nous avons dit des envoyés provisoires, la femme pourrait elle-même se prévaloir de cette nullité (art. 225 C. c.). Les tiers sont en faute d'avoir traité avec une femme non autorisée.

Nous avons refusé aux envoyés provisoires le droit d'aliéner le mobilier, nous apportons naturellement la même restriction aux pouvoirs de la femme.

La femme mariée ne pouvant ester en justice, elle devra, pour exercer les actions mobilières et immobilières de l'absent, obtenir préalablement l'autorisation du tribunal.

En résumé pour déterminer les pouvoirs de la femme présente, nous lui reconnaîtrons tous les droits accordés aux envoyés provisoires mais limités, quant à leur exercice, par son incapacité de femme mariée.

82. La femme n'est pas liée à tout jamais par son option pour la continuation de la communauté. Aux termes de l'art. 124 elle conserve le droit de renoncer à la communauté lors de sa dissolution. La même faculté appartiendra à ses héritiers ou ayant-cause (art. 1453, 1466 C. c.).

On pourrait considérer cette disposition spéciale de l'art. 124 comme une répétition inutile du principe de l'art. 1453. Il n'en est rien. Dans l'économie de ce dernier article, le droit de renoncer à la communauté est fondé sur ce que la femme n'a eu aucun pouvoir sur les biens dont l'administration appartenait exclusivement au mari; la femme trouve dans cette renonciation une ressource assurée contre les conséquences d'une gestion à laquelle elle n'a pris aucune part. Ces motifs n'existent plus dans le cas où la femme ayant opté pour la continuation de la communauté en a pris l'administration et a pu contribuer pour sa part à la rendre mauvaise. Il eût semblé logique d'en conclure que la femme perdait en ce cas le droit de renonciation que lui confère l'art. 1453. La disposition de l'art. 124 a eu pour objet d'écarter pour la femme ce danger, qui aurait pu la détourner de se charger de la gestion que le législateur souhaitait de lui confier.

§ 3. Garanties de restitution.

83. Pour assurer la restitution du patrimoine de l'absent, la loi a imposé aux envoyés provisoires certaines mesures dont nous avons déjà abordé l'examen, telles sont : l'inventaire, la vente du mobilier, l'emploi des capitaux, la caution. Devra-t-on soumettre l'époux administrateur légal aux mêmes formalités, la question soulève quelques difficultés.

En ce qui concerne l'inventaire, on a voulu distinguer entre le mari et la femme. Le mari présent doit, en sa qualité de chef de communauté, conserver ses pouvoirs, il peut, nous l'avons dit, aliéner les biens de

la communauté, en disposer en certains cas même à titre gratuit, dès lors on ne saurait comprendre la nécessité d'un inventaire pour des biens à l'égard desquels la femme si elle reparaissait, n'aurait aucun compte à demander. De plus l'art. 126 n'impose à l'époux présent que l'obligation de faire inventaire du mobilier de l'absent, on ne saurait comprendre dans le mobilier de la femme absente les meubles de communauté. Le mari ne sera donc tenu que de faire inventaire du mobilier personnel de sa femme.

Nous n'admettrons pas cette distinction. La nécessité de l'inventaire s'explique par la probabilité d'un compte à faire entre le mari et les héritiers de la femme, au cas où, celle-ci n'ayant pas reparu, la dissolution de la communauté serait rétroactivement reportée à l'époque de la disparition. Dans cette hypothèse, il faudra bien savoir de quoi se composait la communauté. N'avons-nous pas reconnu d'ailleurs qu'en pareil cas le mari serait responsable vis-à-vis des héritiers des aliénations à titre gratuit ou onéreux qu'il aurait faites des biens réputés communs? Il est donc indispensable de connaître la consistance de ces biens (Demolombe, t. II, p. 281. Proudhon, t. I, p. 318). Le mari et la femme sont donc également tenus de faire inventaire du mobilier personnel de l'absent et du mobilier de communauté.

84. Quant à la vente du mobilier de communauté et l'emploi des capitaux, nous accepterons ici la distinction proposée entre le mari et la femme.

Le tribunal ne pourrait ordonner la vente du mobilier commun sans porter atteinte aux droits du mari.

Cette mesure n'est pas impérieusement imposée par

la loi : « Le tribunal ordonnera s'il y a lieu », dit l'art. 126. Or, en l'espèce, il n'y aurait pas lieu d'ordonner cette vente.

Il en serait autrement s'il s'agissait de la femme présente, le tribunal pourrait alors lui imposer la vente du mobilier de communauté et lui prescrire d'en faire emploi en certaines valeurs déterminées.

85. L'administrateur légal donnera-t-il caution ? Cette question controversée a donné naissance à quatre systèmes.

Dans une première opinion, on prétend établir entre le mari et la femme la distinction que nous avons déjà repoussée pour l'obligation de l'inventaire. Les droits du mari, dit-on, ne peuvent être altérés par le fait de l'absence de la femme ; il doit donc être dispensé de donner caution au moins pour les biens compris dans la communauté. A l'égard de la femme, il semble juste qu'elle fournisse caution, pour répondre tant des biens de la communauté que des biens personnels de l'absent puisqu'elle devra compte des uns comme des autres au mari ou à ses héritiers.

Nous avons déjà établi que le mari devrait également compte aux héritiers de la femme de la consistance des biens de communauté, au cas où la dissolution de cette communauté se trouverait reportée soit à l'époque de la disparition soit à celle du décès prouvé de l'épouse absente. Nous repoussons donc, ici encore, la distinction que l'on veut faire entre le mari et la femme, pour la caution à fournir comme garantie du compte éventuel que l'un ou l'autre sera tenu de rendre du mobilier commun, aux héritiers de son conjoint. Si la nécessité de rendre compte entraîne l'obligation de

fournir caution, le mari et la femme doivent être traités de même.

Ces arguments ont conduit quelques auteurs à imposer à chacun des époux l'obligation de donner caution (de Moly, n° 580). Un arrêt de la cour de Paris (9 janvier 1826) a sanctionné cette doctrine. On invoque encore dans ce système l'article 129 qui, prévoyant le cas d'administration légale ainsi que celui d'envoi provisoire, déclare les cautions déchargées après le jugement d'envoi définitif, c'est donc que dans les deux cas des cautions ont été données.

Nous n'admettons pas cette argumentation, si l'article 129 parle des deux hypothèses, ce n'est que relativement au partage définitif des biens de l'absent; quant aux cautions, la question n'est nullement tranchée, elles seront déchargées s'il en a été donné.

M. Demante propose, en présence de l'obscurité de la loi, de remettre aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'apprécier, selon les circonstances, s'il devra être ou non fourni caution. Ce système n'a rien de juridique, si la loi n'impose pas l'obligation de fournir caution, le tribunal est impuissant pour l'exiger.

Il faut donc reconnaître enfin que la caution n'est exigée en aucun cas. Chaque époux peut, il est vrai, avoir compte à rendre aux héritiers de son conjoint, mais nous ne connaissons aucun texte qui fasse une obligation générale pour tous les administrateurs comptables, de donner caution. Le silence de la loi est en cette circonstance d'autant plus significatif que l'article 124 impose expressément à l'époux présent de fournir caution, dans le cas où il opterait pour la dis-

solution immédiate de la communauté. *Qui dicit de uno negat de altero.* Nous sommes donc autorisé à dire que l'époux optant pour la continuation de la communauté ne fournira pas caution. Cette faveur s'explique d'ailleurs parfaitement, car la loi, très disposée à encourager l'administration légale du conjoint, a dû écarter tous les obstacles qui auraient pu déterminer l'époux présent à reculer devant cette charge. Nous avons bien assez d'occasions en cette matière de critiquer les lacunes de la loi, sans l'accuser tout gratuitement d'un nouvel oubli sur ce point.

§ 4. Comment prend fin l'administration légale.

86. La continuation provisoire de la communauté et l'administration légale peuvent prendre fin de diverses manières :

Par le retour de l'époux absent ou la preuve acquise de son existence. L'administration exceptionnelle résultant de l'option de l'époux présent cesse aussitôt pour faire place à l'administration ordinaire. Le mari reprend son administration, si c'est lui qui était absent, il la conserve dans le cas contraire mais comme chef réel de la communauté. Dans l'un et l'autre cas la communauté, qui n'avait eu, par suite de la déclaration d'absence, qu'une continuation apparente, a continué réellement et continue encore.

Si l'absent n'est pas de retour, si l'on a acquis seulement la preuve de son existence, le jugement déclaratif d'absence est anéanti avec tous ses effets, nous retombons dans la période de présomption d'absence,

les dispositions prescrites par les art. 112 C. civ. et suivants redeviennent applicables.

87. Si l'on acquiert la preuve du décès de l'absent, la communauté est réputée avoir pris fin dès cette époque. Les héritiers de l'époux décédé peuvent exercer tous leurs droits, ils reprendront tous les biens personnels de leur auteur, et la part à laquelle il aurait droit dans la communauté.

88. Quand l'envoi en possession définitif est prononcé, parce qu'il s'est écoulé trente ans depuis que l'époux commun a pris l'administration légale, ou parce qu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, la continuation de communauté prend fin ; mais l'absent étant réputé mort du jour de sa disparition, le partage de la communauté aura lieu suivant sa consistance à cette époque.

Si plus tard on acquiert la preuve du décès de l'absent à une époque postérieure, un nouveau partage sera nécessaire.

89. L'administration légale cessera également par la mort de l'époux présent. La communauté sera réputée dissoute non à la date de ce décès, mais au jour de la disparition de l'absent. Les droits des héritiers présomptifs de l'absent ont été paralysés par l'option de l'époux présent, cet obstacle venant à disparaître, ils reprennent toute leur force ; mais comme la déclaration d'absence fait à leur égard remonter la présomption de mort à la date de la disparition, c'est à ce moment qu'il faudra se reporter pour la liquidation.

90. La seule volonté de l'époux présent peut encore faire cesser l'administration légale, lorsque rétractant

son option primitive, il renoncera à la continuation de la communauté.

Cette solution serait susceptible de soulever quelques critiques. Ne pourrait-on pas dire qu'une offre acceptée ne peut être rétractée quand il en est résulté un droit au profit d'un tiers ? La loi a offert à l'époux présent, lors de la déclaration d'absence, deux partis à prendre : continuer provisoirement la communauté ou en permettre la dissolution provisoire. Quand l'époux a opté pour le premier, il se trouve définitivement lié. Il est certain que s'il s'était prononcé pour la dissolution, ce choix serait irrévocable, puisque son option aurait ouvert le droit des tiers à la possession provisoire. Dès lors, il ne peut pas se rétracter davantage quand il a opté pour la continuation de la communauté, puisque cette option a conféré un droit désormais acquis sinon aux tiers, du moins à l'absent, qui a un intérêt manifeste à ce que ses biens ne soient pas morcellés entre ses divers héritiers présomptifs.

Il nous semble cependant impossible de refuser à l'époux présent le droit de faire cesser par sa renonciation la continuation de la communauté. Quant à la femme ce point est hors de doute. Nous avons vu, en effet, le législateur autoriser la femme à renoncer à la communauté dissoute, bien qu'elle ait participé à son administration (art. 124 C. c.), *a fortiori* doit-on l'admettre à renoncer à la continuation de cette communauté. Dans la pensée de la loi, le caractère dominant du droit d'option est une faveur accordée à l'époux présent. On ne peut retourner cette faveur contre lui-même et lui interdire de renoncer à une administration qu'il trouve préjudiciable à ses intérêts. Par cette

renonciation, d'ailleurs, on rentre dans le droit commun en matière d'absence, l'exercice provisoire de tous les droits paralysés par l'option de l'époux présent est ouvert. Les héritiers ne sauraient se plaindre de cette détermination ; quant à l'absent il est difficile de prétendre qu'on lui enlève un droit acquis, puisque la loi établit, au contraire, comme règle générale l'envoi en possession provisoire et comme une exception, l'administration légale de l'époux présent. Tout autre est la situation quand le conjoint a opté pour la dissolution de la communauté ; il a accepté la présomption de mort, a laissé s'ouvrir le droit des héritiers, s'il prétend revenir sur sa décision il sort du droit commun, pour réclamer une faveur personnelle à laquelle il a déjà renoncé (Valette sur Prudhon, t. I, page 317).

Le plus souvent, du reste, l'administrateur légal ne prendra cette détermination qu'après avoir reconnu lui-même l'impossibilité de conserver plus longtemps l'espoir du retour de l'absent. Quoi de plus naturel dès lors, que son désir de remettre aux héritiers les biens auxquels ils ont droit, afin d'éviter la complication croissante des comptes que bientôt il devra leur rendre.

Ces raisons qui nous semblent décisives sont également applicables aux deux époux, nous reconnaîtrons donc au mari aussi bien qu'à la femme le droit de faire cesser par sa renonciation la continuation de la communauté.

91. Au nombre des causes qui opèrent la dissolution de la communauté, l'art. 1441 C. civ. place la séparation de biens. Convient-il d'en faire l'application à notre

matière? En d'autres termes, si le mari ayant opté pour la continuation de la communauté, a conservé la jouissance de la dot qu'il compromet par sa mauvaise gestion, les ayant-cause de la femme peuvent-ils faire prononcer la séparation de biens?

Peut-être faut-il leur reconnaître le droit de s'adresser au Tribunal pour imposer à l'administrateur légal l'obligation de fournir caution? Sans doute nous avons reconnu que la caution n'était pas exigée de l'époux présent comme mesure essentielle de son administration ; mais quand il viole lui-même les conditions sous lesquelles il doit administrer, quand il compromet les intérêts qui lui sont confiés n'est-il pas naturel que l'on exige de lui des garanties exceptionnelles (arg. des art. 1188 et 2131)?

On a été plus loin, et l'on a soutenu que les ayant-cause de l'absent pourraient demander la dissolution provisoire de la communauté, provoquer contre l'époux présent la séparation de biens. Le mari, dit-on, conserve l'administration du patrimoine matrimonial, telle qu'il l'avait avant la disparition de la femme mais celle-ci ne peut plus le surveiller. Sans doute le droit de demander la séparation est personnel à la femme (1446 C. civ.). Mais ici la dissolution provisoire n'est qu'une déchéance infligée à l'époux présent qui dilapide, car il manque ainsi à la principale condition sous laquelle la continuation de la communauté lui a été accordée par la loi, celle de bien et sagement administrer.

Par suite on admet que cette dissolution provisoire pourrait être provoquée même contre la femme présente (Demolombe, t. II, n° 292).

Cette solution nous semble difficile à admettre. L'art.

1446 n'est pas susceptible d'une semblable extension, nous ne croyons pas surtout qu'on en puisse retourner l'application contre la femme. Il est vrai qu'il ne faudrait pas voir ici une véritable séparation de biens, mais seulement la résolution du droit de l'époux présent qui ne remplit pas la condition sous laquelle l'administration légale lui a été confiée. Sans doute, mais cette obligation de bien administrer, nous ne voyons pas que la loi en ait fait une condition spéciale à notre hypothèse. Les pouvoirs du mari n'ont pas été modifiés, nous l'avons nous-même reconnu, les imprudences qu'il commet dans sa gestion ne peuvent avoir d'autre effet que d'engager sa responsabilité, s'il vient à être tenu de rendre ses comptes. L'envoyé provisoire ne serait pas révoqué s'il administrait mal, pourquoi la mauvaise gestion de l'administrateur légal aurait-elle un autre effet ?

Les mesures conservatoires, les garanties que nous permettons aux intéressés de demander seront d'ailleurs le plus souvent suffisantes pour sauvegarder leurs intérêts. Quant à la mauvaise gestion de la femme, elle ne peut avoir des conséquences bien graves, puisque nous ne lui reconnaissons le pouvoir de faire que des actes de simple administration.

Il est une hypothèse cependant où il nous semblerait de toute nécessité d'admettre exceptionnellement cette déchéance de l'administrateur légal que nous repoussons en principe. Si le mari tombe en faillite les biens sur lesquels la femme pouvait exercer ses reprises deviennent le gage des créanciers. Si la femme était présente, elle éviterait ce danger, en obtenant la séparation de biens, et en renonçant à la commu-

nauté. Ne faut-il pas accorder à ses héritiers présomptifs un moyen de sauvegarder leurs intérêts qui vont être compromis d'une manière irrémédiable ?

Cette solution semble du reste susceptible d'une justification juridique. La situation qui résulte de l'option faite par le mari est assez difficile à caractériser. L'art. 124 ne dit pas en effet que la communauté continue, il donne seulement à l'époux présent la faculté d'empêcher l'envoi en possession provisoire, de paralyser les droits de tous les interessés. Aussi avons-nous vu que, si l'absent ne revient pas, la dissolution est reportée à l'époque de la disparition. Peut-être est-on dès lors fondé à dire, sauf preuve contraire, la communauté a été, à l'égard de l'héritier, dissoute du jour de la disparition ; à l'époque de la déclaration d'absence, le mari aurait dû lui restituer le patrimoine de l'absent ; par une faveur spéciale, la loi lui permet à son gré de reculer cette restitution jusqu'à l'envoi définitif, en ce cas il est, à compter de cette époque, devenu le débiteur de l'héritier, débiteur à terme il est vrai, puisqu'il a 30 ans pour se libérer. Mais sa faillite lui fait perdre le bénéfice du terme (art. 1188 C. civ.), dès lors l'héritier reprend immédiatement l'exercice de ses droits.

Nous n'osons proposer cette solution qu'avec une extrême réserve, et nous avouons du reste qu'aucune des questions dont nous avons abordé l'examen sous ce paragraphe ne nous semble susceptible d'une réponse catégorique.

92. Toutes les fois que les héritiers présomptifs de l'époux absent viennent, par une des causes que nous avons énumérées, partager la communauté avec l'époux présent, le partage doit se faire selon sa con-

sistance, soit au jour du décès s'il est prouvé, soit à celui de la disparition ou des dernières nouvelles. Cela revient à dire que, contrairement au sentiment de quelques auteurs (Delvincourt, t. I, p. 47), cette communauté doit être réputée dissoute, *ut ex tunc*. La dissolution doit remonter rétroactivement à l'époque à laquelle, d'après les principes généraux, se reporte invariablement la présomption de mort, pour le règlement des droits des parties intéressées, c'est-à-dire d'après les art. 120, 123, 129 au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, dès lors que le décès n'est pas prouvé.

Ainsi l'époux présent sera fondé à garder pour lui les acquêts qu'il aurait faits et tous les biens mobiliers qui lui seraient échus par succession depuis la disparition ou depuis le décès, si la date en est alors connue.

§ 5. Attribution des fruits.

93. L'art. 127 C. civ., en attribuant aux envoyés provisoires une portion très considérable des fruits, place sur la même ligne : « ceux qui, par suite de l'ad- » ministration légale auront joui des biens de l'ab- » sent », et il résulte des observations du tribunat au sujet de cet article (Locré, t. IV, p. 115) que sous cette dénomination d'administration légale on a voulu désigner la jouissance attribuée à l'époux présent. Celui-ci aura donc droit de retenir tout ou partie des fruits suivant l'époque à laquelle le partage sera fait.

Cette assimilation entre l'envoyé provisoire et l'administrateur légal ne semble pas très logique. L'on

comprend que pour le premier l'attribution des fruits suive une échelle progressive à mesure que la durée de l'absence s'augmente puisque chaque jour qui s'écoule accroît la probabilité de la mort de l'absent et l'espoir pour l'envoyé de demeurer propriétaire des biens qu'il administre. Il n'en est pas de même du conjoint présent, car pour lui chaque jour le rapproche du moment où il devra rendre ses comptes, et plus le décès devient présumable, plus il doit prévoir l'éventualité d'une restitution immédiate. Sans doute nous avons justifié l'attribution des fruits aux envoyés par l'idée dominante d'un salaire, d'autant plus élevé que le silence de l'absent devient plus injustifiable et sa négligence plus blâmable et l'on pourrait par les mêmes motifs expliquer ce droit de retenue accordé à l'époux présent sur les revenus de son conjoint.

Mais si cet argument peut être avec raison invoqué à l'encontre de l'absent, il ne semble plus fondé quand on prétend l'opposer aux héritiers présomptifs. Ceux-ci en effet ne sont aucunement en faute, ils ne doivent aucun salaire à l'époux présent pour les soins de son administration, car il est fort probable qu'ils eussent été tout disposés à s'en charger eux-mêmes, tandis qu'ils en ont été écartés par le fait de son option.

Aussi a-t-on été tenté de nier l'application de l'article 127 vis-à-vis des ayant-cause de l'absent, et le texte même de l'article qui prévoit uniquement le cas de son retour semblerait conformer cette interprétation.

Cette doctrine toutefois ne saurait prévaloir. La loi, en accordant à l'époux présent le droit d'opter pour la continuation de la communauté, a entendu lui créer une situation favorisée, et le seul bénéfice que le conjoint

obtiendrait de cette faveur, serait le plus souvent d'avoir été l'homme d'affaires, l'intendant des héritiers, dont pendant 30 ans il aurait administré gratuitement le patrimoine. Ce résultat est inadmissible. Pour déterminer l'époux présent à se charger de l'administration des biens de l'absent, le législateur devait, au risque de sacrifier les principes d'une rigoureuse logique, l'attirer par l'espoir d'un avantage suffisant. Les termes généraux de l'art. 130 C. civ., admettant d'ailleurs la retenue des fruits non seulement contre l'absent lui-même mais aussi contre ses héritiers, nous indiquent qu'on ne saurait tirer aucun argument du silence de l'art. 127 (Demolombe, t. II, n° 286; Aubry et Rau, t. I, p. 620).

95. L'application de l'art. 127 est donc indiscutable, mais elle soulève d'assez sérieuses difficultés pour la concilier d'une part avec le principe que le mari a droit comme chef de communauté de disposer sans contrôle des revenus des biens communs et des biens propres de sa femme, d'autre part, avec la règle que tous les fruits perçus tombent dans la communauté. Plusieurs hypothèses sont à distinguer :

1° L'absent reparaît ; l'époux présent peut-il invoquer l'art. 127 et retenir une partie des fruits ?

Ce droit ne semble pas douteux. Mais on doit se demander alors quel sera le sort de ces fruits ainsi retenus, puisqu'aux termes de l'art. 1401 ils doivent tomber dans la communauté.

On a soutenu qu'en cette hypothèse la portion de revenus attribuée à l'époux présent lui demeurera propre, à titre de salaire de son administration. L'art. 127 contiendrait une implicite dérogation à l'art.

1401, et ces biens devraient être considérés comme exclus par la loi de la communauté (Duranton, t. I, n° 464). Cette doctrine nous semble plutôt créer la loi que l'interpréter. Il nous suffira du reste pour la faire écarter, de mettre en relief l'inégalité qu'elle consacre entre les deux conjoints. Tandis que l'époux présent garderait à titre de propres la plus grande partie des revenus produits par les biens de l'absent, celui-ci, qui peut-être est parti pour chercher au loin la fortune, verrait toutes ses économies, tous les fruits de son travail enrichir la communauté.

Quelques auteurs ont prétendu distinguer entre le cas où l'époux présent aurait capitalisé les revenus et celui où il les aurait dissipés. Dans le premier, l'art. 1401 serait applicable, la communauté profiterait des revenus, dans le second l'art. 127 trouverait son application. C'est une immunité accordée en cas de dissipation des revenus communs, non pas au mari qui l'avait déjà comme chef de la communauté, mais seulement à la femme (Delvincourt, t. I, p. 49). Cette doctrine qui n'aboutit qu'à créer une sorte de prime d'encouragement aux prodigalités de la femme ne supporte pas l'examen.

On aboutit alors à reconnaître que l'article 127 n'a pas d'application possible quant aux revenus des biens dont la communauté avait déjà la jouissance, qu'il ne peut avoir d'effet que pour les biens dont l'époux absent s'était réservé même la jouissance ; par exemple les paraphernaux de la femme. Le mari qui en aurait pris l'administration gagnerait la part de revenus fixée par l'article 127, non pas pour lui personnellement, il faut le remarquer, mais pour la communauté (Demolombe, t. II,

n° 288 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 319). Cette solution limite singulièrement dans cette hypothèse l'utilité de notre article ; c'est là seule néanmoins qui soit acceptable.

2° Le décès de l'absent vient à être prouvé : les fruits perçus antérieurement à ce décès, c'est-à-dire pendant que la communauté durait encore, sont soumis aux règles que nous venons de poser dans la première hypothèse. Quant à ceux perçus depuis le décès jusqu'au partage, ils seront attribués à l'époux survivant et aux héritiers conformément aux dispositions de l'art. 127.

Remarquons que, si le décès venait à être fixé à une époque antérieure à la déclaration d'absence, le droit aux fruits découlant uniquement de l'administration légale et cette administration ne prenant naissance que du jour de l'absence déclarée, l'époux présent n'aurait aucun droit sur les revenus perçus jusqu'à cette époque qui devraient être en entier attribués aux héritiers.

3° Enfin si la communauté est dissoute par l'envoi définitif, par la mort de l'époux présent, par sa renonciation à la continuation, l'article 127 est, nous l'avons vu déjà, opposable aux héritiers de l'absent.

2° *Option pour la dissolution provisoire de la communauté.*

96. L'époux présent peut opter pour la dissolution provisoire de la communauté, il exerce alors, dit l'article 124, ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

La communauté est réputée dissoute mais cette dissolution n'a jamais qu'un caractère provisoire, car si la date de la dissolution réelle peut être ultérieurement fixée il faudra faire de nouveaux calculs, procéder à un nouveau partage.

Comme tous les envoyés provisoires, l'époux présent exerce sur les biens de son conjoint les droits qui lui appartiendraient au cas de décès prouvé. Sa condition diffère peu de celle des envoyés, il a en principe les mêmes pouvoirs, est soumis aux mêmes obligations; quelques différences doivent cependant être signalées.

97. L'époux présent donne caution; pour déterminer l'étendue de cette obligation il importe de rappeler que le but de la loi est de ne point compromettre, par le règlement provisoire auquel donne lieu la déclaration d'absence, les droits qui pourraient résulter plus tard d'un règlement définitif; que, dès lors, tout droit éventuel susceptible d'être compromis doit être garanti par la caution. Deux hypothèses sont à distinguer :

1° Le mari est absent : si la femme renonce à la communauté, elle devra caution, pour ses biens personnels, ses récompenses, les apports dont elle a stipulé la reprise même en renonçant, et ses gains de survie.

Si elle accepte, la caution sera due pour la part qu'elle prend dans la communauté, les indemnités qu'elle y a prises et ses gains de survie, enfin pour ses biens personnels dont la jouissance appartient à la communauté. Mais comme la caution doit être limitée aux droits qu'elle garantit, son obligation ne s'étendra qu'à la valeur de cette jouissance seule. Quant aux biens dont la femme s'est réservé la jouissance ex-

clusive, n'étant pas susceptibles de restitution, ils ne seront pas garantis par la caution (Duranton, t. I, n° 469).

2° La femme est absente : le mari pas plus que la femme n'est obligé de donner caution pour ceux de ses biens dont la communauté n'avait ni la propriété ni la jouissance; au contraire il devra caution pour ses gains de survie, car ses héritiers devraient les restituer, s'il était établi que la femme lui a survécu.

Quant à ses biens personnels, le mari ne peut être soumis à la nécessité de donner caution. Il peut à sa guise disposer de la propriété de ces biens, *à fortiori* ne doit-il aucun compte de leurs revenus.

La doctrine contraire de Marcadé (t. I, n° 401) est inadmissible. En effet s'il s'agit de fruits perçus antérieurement au décès prouvé de la femme, la communauté durant encore en fait, le mari pouvait en dissiper les revenus, il est à l'abri de toute réclamation. S'il s'agit, au contraire, de revenus perçus depuis le décès de la femme jusqu'à l'époque du nouveau partage, la communauté étant alors dissoute, ils appartiennent exclusivement au mari (Valette sur Proudhon, t. I, p. 322).

En ce qui concerne la part du mari dans la communauté, la question est encore susceptible de controverse. Nous pensons qu'en ce cas la caution pourrait être exigée. Sans doute le mari, maître absolu des biens communs, n'a de ce chef aucun compte à rendre à la femme de retour ou à ses héritiers (Proudhon, t. I, p. 323), mais nous pouvons supposer que, dans l'intervalle de la dissolution provisoire à la dissolution réelle, la part prise provisoirement par les héritiers de la femme a été diminuée par cas fortuit (Valette sur

Proudhon, t. I, p. 323, note *a ;* Marcadé, t. I, n° 401). L'actif de communauté étant alors réduit, le mari pourrait être tenu de restituer lors du nouveau partage une portion des biens qui lui avaient été attribués pour sa part. Sans doute il pourra alléguer qu'étant le maître absolu de disposer de ces biens, puisque la communauté durait encore, il les a dissipés, et que la prétention des héritiers est sans fondement. Mais les héritiers seraient admis à prouver qu'au moment du décès de la femme les biens communs existaient encore entre ses mains. Nous reconnaissons sans peine que l'hypothèse sera peu fréquente et la preuve à faire par les héritiers bien difficile; mais nous pouvons supposer une espèce qui fera mieux ressortir l'évidence de la solution que nous proposons.

Quand le décès de la femme étant connu, il est prouvé que la communauté a continué depuis la dissolution provisoire, le mari peut sans doute lors du partage définitif prétendre qu'en vertu de ses pouvoirs sur les biens communs il a disposé de sa part. Mais certaines restrictions sont apportées aux pouvoirs du mari comme chef (art. 1422), elles auront pu être violées; par exemple le mari aura disposé à titre gratuit d'objets mobiliers communs au profit d'enfants d'un premier lit, récompense en sera due à la communauté (art. 1469 C. civ.). Il est donc vrai de dire que le mari peut en certains cas être tenu de rendre compte des biens communs, et l'obligation de donner caution pour assurer leur restitution est justifiée.

3° Dans tous les cas où il y a lieu pour le mari ou pour la femme de donner caution, comme il s'agit d'une caution légale il faudra qu'elle réunisse les con-

ditions exigées par les articles 2018 et 2019 C. civ.

98. L'article 124 n'impose à l'époux présent optant pour la dissolution de la communauté aucune autre garantie de restitution, faut-il en conclure qu'il en sera dispensé? L'affirmative semblerait résulter et de cet article 124 qui n'exige que la caution et de l'article 126 qui ne prescrit les mesures conservatoires qu'aux envoyés provisoires et à l'époux optant pour la continuation de la communauté, d'où l'on pourrait conclure que, dans l'hypothèse d'une option pour la dissolution provisoire, l'époux présent est dispensé de l'obligation de ces formalités.

Nous n'acceptons pas cette opinion. L'art. 126 devait imposer à l'époux présent, en cas d'option pour la communauté continuée, l'obligation de faire inventaire, car aucun texte, aucun principe n'auraient pu suppléer à son silence. Il n'en est pas de même en notre hypothèse, où l'obligation de faire inventaire résulte du fait même de la dissolution (art. 1442, 1483, 1456, 1459), les principes du droit commun suffisent à trancher la question. Mais de plus l'époux présent se présente comme ayant des droits subordonnés au décès, il figure au nombre des parties intéressées (art. 123), c'est un véritable envoyé provisoire, les règles générales de l'article 126 lui sont donc applicables. Nous rejetons l'argument *a contrario* que, l'on veut tirer de l'art. 124 comme nous conduisant à une solution contraire au droit commun; nous pensons que l'on en devrait plutôt conclure *à fortiori* que la caution étant imposée, les autres garanties le sont également. N'est-ce pas en effet l'inventaire et l'état des immeubles qui serviront de base à la restitution éventuelle

et fixeront l'étendue de l'obligation de la caution?

99. La communauté n'est que provisoirement dissoute ; si l'absent reparaît ou donne de ses nouvelles elle sera rétablie *ipso facto* et sera censée avoir toujours duré. Par suite les biens acquis par l'un ou à l'autre des époux depuis l'option doivent être rapportés à la communauté s'ils sont de nature à y tomber. Pendant ce temps le mari aura pu valablement aliéner les biens de communauté ; sauf compte à rendre aux héritiers de la femme à raison des actes qu'il aurait faits depuis la dissolution réelle en dehors des pouvoirs d'un administrateur ordinaire.

Quant à la femme elle n'aura jamais que les attributions d'un envoyé provisoire. Mais son incapacité de femme mariée subsiste, et pour agir en justice comme pour aliéner ses biens personnels, il lui faudra obtenir l'autorisation du Tribunal.

100. Quant aux fruits on distinguera ceux perçus jusqu'à la dissolution réelle auxquels on appliquera l'art. 1401, et ceux perçus postérieurement que l'époux présent conservera pour partie conformément à l'article 127.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

SECTION I. — Des captifs VI

SECTION II. — Du *postliminium* X

SECTION III. — Des effets de la captivité. — Des effets du retour du captif XVI
- I. Puissance paternelle XVI
- II. Mariage du captif XXIV
- III. Tutelle XXXI
- IV. Administration des biens du captif XXXII
- V. Possession. — Usucapion XXXII

SECTION IV. — Mort du captif chez l'ennemi. — Fiction de la loi Cornelia XXXVII
- I. De la loi Cornelia XXXVII
- II. Questions d'état XXXVIII
- III. Hérédité testamentaire et *ab intestat* XXXVIII
- IV. Tutelle testamentaire. — Tutelle légitime XLIII
- V. Substitution pupillaire XLIV

SECTION V. — Augmentations survenues au patrimoine du captif. — Droits de ses héritiers XLVIII

SECTION VI. — *Postliminium* passif LII

SECTION VII. — *De redemptis ab hostibus* LV
- I. Des droits du *redemptor* LV
  - 1° Sur l'homme libre LVII
  - 2° Sur l'esclave LVII
- II. Extinction du droit du *redemptor* LXI

DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE Ier.

I. Dispositions générales..... 1
II. Envoi en possession provisoire..... 3

SECTION PREMIÈRE. — Qui peut demander l'envoi en possession provisoire.

1. Article 120 C. civil..... 5
2. La procuration laissée par l'absent retarde aussi bien la déclaration d'absence que l'envoi provisoire..... 5
3. La qualité des héritiers présomptifs se détermine à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles..... 7
4. Inaction de l'héritier le plus proche..... 8
5. Contestation sur la date des dernières nouvelles..... 9
6. Successeurs irréguliers..... 10
7. Transmissibilité du droit à l'envoi provisoire..... 11
8. Art. 123 C. civil..... 12
9. Droits des intéressés autres que l'héritier présomptif..... 12
10. Des légataires. — Ouverture du testament..... 16
11. Justification de l'innovation du Code civil..... 18
12. Cession de ses droits par l'héritier présomptif..... 19
13. Retrait successoral..... 22
14. Droits des créanciers de l'héritier présomptif..... 26

SECTION II. — Suivant quelles formes l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

15. Formalités de l'envoi provisoire..... 30
16. Jugement de déclaration d'absence et d'envoi provisoire..... 30
17. Cas où l'absent a laissé une procuration..... 32
18. Idem..... 34
19. Cas où l'absent est un étranger..... 34

SECTION III. — Quels biens peuvent faire l'objet de l'envoi en possession provisoire.

20. Biens appartenant à l'absent au jour de la disparition..... 35

21. Fruits produits avant la déclaration d'absence..... 36
22. Droits des successeurs particuliers sur ces fruits..... 37

SECTION IV. — DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX ENVOYÉS.

§ 1er. *Obligations à l'égard de l'absent.*

23. Art. 125 C. civil..... 39
24. Obligation de restituer..... 39
25. Caution..... 40
26. Inventaire..... 43
26 *bis*. Vente du mobilier..... 43
27. Emploi des capitaux..... 44
28. Etat estimatif des immeubles..... 45

§ 2. *Obligations des envoyés provisoires les uns envers les autres.*

29. Application de l'art. 815..... 47
30. Partage provisionnel..... 47
31. Partage définitif..... 48
32. Obligation d'effectuer le rapport..... 53

§ 3. *Obligations des envoyés envers les tiers.*

33. Principes généraux..... 53
34. Paiement des droits de mutation..... 53
35. Division des dettes..... 54
36. Paiement des dettes..... 54
37. Idem..... 55
38. Impossibilité de la cession de biens..... 56
39. Droits des créanciers de l'absent contre les envoyés provisoires autres que les héritiers..... 57
40. Droits des créanciers hypothécaires de l'absent..... 58

SECTION V. — DROITS DES ENVOYÉS EN POSSESSION PROVISOIRE.

§ 1er. *Droits des envoyés vis-à-vis de l'absent.*

41. Caractère des droits des envoyés provisoires..... 60
42. Appréciation des fautes..... 61
43. Actes d'administration..... 62
44. Des baux..... 63
45. Actes de disposition..... 65
47. Aliénation des meubles corporels..... 67

46. Aliénation des meubles incorporels..... 70
48. Art. 134 C. civil..... 71
49. Idem..... 75
50. Idem..... 77
51. Idem..... 78
52. Acceptation. — Répudiation d'une succession..... 78
53. Autorisation d'emprunter..... 79
54. La prescription ne court pas entre l'envoyé et l'absent..... 79

Attribution des fruits.

55. Art. 127 C. civil..... 81
56. Point de départ de l'acquisition des fruits..... 82
57. Calcul de la retenue des fruits..... 84
58. Motifs de l'art. 127..... 85
59. Dépenses faites par l'envoyé. — Comptes avec l'absent..... 89

§ 2. *Droits des envoyés provisoires les uns vis-à-vis les autres.*

60. Prescription de la pétition de la possession d'hérédité..... 91
61. Restitutions à faire à l'héritier plus proche au jour de la disparition..... 92
62. Preuve fournie de l'existence de l'absent..... 95
63. Preuve fournie du décès postérieur à la déclaration d'absence..... 96
64. Restitution à faire à l'héritier plus proche au jour du décès. 98

§ 3. *Droits des envoyés provisoires vis-à-vis des tiers.*

65. Aliénations consenties par l'envoyé..... 99
66. Idem..... 100
67. Hypothèques consenties par l'envoyé..... 102
68. Prescription d'un bien de l'absent..... 103
68 *bis*. Idem..... 103
69. Donations faites par l'absent excédant la quotité disponible.. 105
70. Actes sous seings privés consentis par l'absent..... 111
71. Rente viagère existant au profit de l'absent..... 112
71 *bis*. Assurance sur la vie contractée par l'absent..... 112
72. Cas où l'absent faisait partie d'une société..... 113

SECTION VI. — COMMENT L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE PREND FIN.

73. Aperçu résumé..... 113

CHAPITRE II.

ADMINISTRATION LÉGALE DE L'ÉPOUX COMMUN EN BIENS.

SECTION I. — Dans quels cas elle a lieu.

74. L'absence ne dissout pas le mariage 115
75. Dissolution des conventions matrimoniales 116
76. Droit aux secours alimentaires 119
77. Extension de l'art. 124 120

SECTION II. — Des effets de l'administration légale.

1° Option pour la continuation provisoire de la communauté.

78. Formalités de l'option 122

§ 1er. *Absence de la femme.*

79. Droits du mari sur les biens de communauté 123
80. Sur les biens personnels de la femme 125

§ 2. *Absence du mari.*

81. Droits de la femme sur les biens communs et les biens du mari 125
82. Droit de renoncer à la communauté 126

§ 3. *Garanties de restitution.*

83. Inventaire des biens communs 127
84. Vente du mobilier. — Emploi des capitaux 128
85. Caution 129

§ 4. *Fin de l'administration légale.*

86. Retour de l'absent 131
87. Preuve acquise de son décès 132
88. Envoi définitif 132
89. Mort de l'époux présent 132
90. Renonciation de l'époux présent 132
91. Séparation de biens 134
92. La communauté est réputée dissoute *ut ex tunc* 137

§ 5. *Attribution des fruits.*

93. Art. 127 C. civil..... 138
94. Idem..... 140
95. Idem..... 141

2° Option pour la dissolution.

96. Caractère du droit de l'époux présent..... 142
97. Obligation de fournir caution..... 143
98. Mesures conservatoires..... 146
99. Droits de l'époux présent..... 147
100. Droit aux fruits..... 147

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le fils de famille devient *sui juris* au jour de la captivité de son père. Malgré le texte de Gains (Com. I, § 129) la controverse ne pouvait porter que sur l'application à cette espèce de la fiction de la loi Cornelia.

II. — A l'époque classique le mariage était dissous par la captivité.

III. — La tutelle testamentaire seule est confirmée par la fiction de la loi Cornelia. Tentative d'explication du texte de Paul (Sent., liv. III A, tit. 4, § 8).

IV. — Le *redemptor* peut invoquer l'usucapion accomplie à son profit pour repousser la demande du propriétaire, qui prétendrait reprendre en lui remboursant ses avances, la chose rachetée.

V. — Il n'y a pas un droit romain d'action spéciale portant le nom de *Publicienne rescisoire*.

VI. — Deux hypothèques successivement constituées sur des biens à venir concourrent sur les acquisitions postérieures à la deuxième constitution.

VII. — Le bénéfice de cession d'actions est accordé aux *correi promittendi* quand même ils ne sont pas *socii*.

VIII. — Dans le dernier état du droit romain les mineurs pourvus d'un curateur ne peuvent s'obliger sans le *consensus* de celui-ci. (Dig. Loi 101 *de Verb. oblig.* : Compar. Loi 3 Code *de In integr. restit. min.*).

DROIT FRANÇAIS.

I. — Les créanciers de l'héritier présomptif ne peuvent se prévaloir de l'art. 1166 C. c. pour demander à la place de leur débiteur l'envoi en possession provisoire.

II. — Les envoyés provisoires peuvent se contraindre réciproquement au rapport.

III. — Les envoyés provisoires, héritiers réservataires de l'absent, ne peuvent faire réduire les libéralités qui dépasseraient la quotité disponible.

IV. — Si l'envoyé provisoire a aliéné un bien de

l'absent, ni lui ni l'acquéreur ne seront recevables à invoquer la nullité de la vente.

V. — L'art. 543 n'est pas limitatif. Toutefois lorsque le droit concédé serait de telle nature qu'il devrait enlever au propriétaire la jouissance totale de son fonds pour une durée indéfinie, les tribunaux ne sauraient en reconnaître la validité.

VI. — La séparation des patrimoines n'est pas un privilège.

VII. — Les aliénations consenties par l'héritier apparent sont valables à l'égard de l'héritier véritable, du moment que l'acquéreur peut invoquer sa bonne foi.

VIII. — Théorie de l'accroissement dans les legs. Réfutation de l'explication des art. 1044 et 1045 C. c. proposée par Proudhon.

DROIT PUBLIC.

I. — La nomination des magistrats appartient au

chef du pouvoir exécutif en vertu du pacte constitutionnel. On ne saurait lui retirer ce droit pour soumettre les juges à l'élection, sans procéder à une révision de la constitution. (*Journal du droit administratif*. Juin 1882.)

II. — La déclaration d'abus est le préliminaire indispensable d'une poursuite intentée contre un ecclésiastique. Le décret du 11 septembre 1870 abrogeant l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII n'a pu apporter sur ce point aucune innovation.

DROIT CRIMINEL.

III. — Le président de la Cour d'assises ne peut à l'avance procéder au tirage au sort des jurés complémentaires en prévision des vides qui peuvent, pendant le cours de la session, se produire sur la liste des 30 jurés. (Instr. Crim. Art. 393. Loi du 20 novembre 1872. Art. 19 et 20.)

IV. — Le juge ne peut appliquer les peines prévues par l'art. 471, § 15, Cod. pén., qu'autant que la légalité de l'arrêté municipal est reconnue. En conséquence n'est passible d'aucune peine celui qui a refusé d'obéir à l'arrêté d'un maire ordonnant de faire sonner les cloches d'une église pour une cérémonie civile en dehors des cas prévus par le règlement intervenu

entre l'évêque et le préfet conformément à la loi de Germinal an X.

Vu par le président de la Thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDAN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

VERSAILLES, IMPRIMERIE CERF ET FILS, 59, RUE DUPLESSIS.

HIC ADOL